
Die Effektivklausel im Gesamtarbeitsvertrag

Ein Beitrag zum Problem der Reichweite der
Tarifautonomie

Dissertation
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Rolf Bänziger

von Heiden AR

Genehmigt auf Antrag von
Herrn Professor Dr. Manfred Rehbinder

1981



STÄMPFLI & CIE AG BERN



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507218_0025

Die Effektivklausel im Gesamtarbeitsvertrag

Ein Beitrag zum Problem der Reichweite der
Tarifautonomie

Dissertation
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Rolf Bänziger

von Heiden AR

Genehmigt auf Antrag von
Herrn Professor Dr. Manfred Rehbinder

1981



STÄMPFLI & CIE AG BERN

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 27. Mai 1981

Der Dekan:

Prof. Dr. G. Hauser

Die gleiche Arbeit ist im Verlag Stämpfli & Cie AG Bern erschienen als Heft 14 der Reihe

Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht SSA

begründet und herausgegeben von Professor Dr. Manfred Rehbinder (Zürich).



©

Verlag Stämpfli & Cie AG Bern · 1981
Rechnergesteuerter Filmsatz, Offsetdruck und
Buchbinderarbeit Stämpfli & Cie AG Bern
Printed in Switzerland

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	7
Abkürzungsverzeichnis	11
Einleitung	12
1. Kapitel: Funktion und Bedeutung der Effektivklausel	13
§ 1 Die «wage drift» als Ausgangspunkt	13
§ 2 Der Einfluss von Tariflohnänderungen auf die Effektivlöhne	14
§ 3 Die direkte Einflussnahme auf übertarifliche Effektivlöhne mittels gesamtarbeitsvertraglicher Bestimmungen	20
2. Kapitel: Begriff und Arten der Effektivklausel	24
§ 4 Begriff der Effektivklausel	24
§ 5 Arten der Effektivklausel	27
1. Besondere Arten von Bestandsklauseln	27
2. Die Effektivklauseln im engeren Sinne	29
3. Die negativen Effektivklauseln	34
4. Teileffektivklauseln und Mischformen	35
3. Kapitel: Die Frage der Zulässigkeit tariflicher Effektivklauseln	36
A. Effektivgarantieklauseln	36
§ 6 Effektivgarantieklauseln und Schriftformgebot des Gesamtarbeitsvertrages	37
1. Bedeutung und Hauptfunktion des Schriftformgebotes beim Gesamtarbeitsvertrag	37
2. Umfang des Formzwangs beim Gesamtarbeitsvertrag	39
3. Der Effektivlohn als Berechnungsbasis des individuellen Tariflohnes	41
4. Ergebnis	45
§ 7 Die Effektivgarantieklausel als Eingriff in den übertariflichen Bereich	45
1. Das Günstigkeitsprinzip als Vorbehalt zugunsten der Vertragsfreiheit im übertariflichen Bereich	46
2. Der Meinungsstreit um die Existenz eines «tariffreien Raumes»	49
3. Die Effektivgarantieklausel als unzulässiger Eingriff in die Vertragsfreiheit	51
§ 8 Effektivgarantieklausel und Gleichheitsgebot	54
I. Die Effektivgarantieklausel führt zu einer Ungleichbehandlung	54
II. Rechtsgrundlage eines Grundsatzes der Gleichbehandlung im Gesamtarbeitsvertragsrecht	58
1. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz	60
2. BV 4 als Rechtsgrundlage eines tariflichen Gleichheitsgrundsatzes	63
2.1. Die Rechtsnatur des Gesamtarbeitsvertrages	63
a) Die in Deutschland entwickelten Theorien im Überblick	64
– Die rein rechtsgeschäftlichen Erklärungsversuche	64
– Die Rechtssatztheorien	69
– Die Tarifnormen als rechtsgeschäftliche Normen	72

b)	Die Delegationstheorie im besonderen	74
c)	Die in der Schweiz vertretenen Auffassungen	78
d)	Eigene Stellungnahme	94
–	Der normative Teil ist Quelle objektiven Rechts	94
–	Der Gesamtarbeitsvertrag ist ein Institut des Privatrechts	95
–	Die tarifliche Normsetzungsbefugnis beruht auf staatlicher Ermächtigung	98
–	Nicht Delegation staatlicher Hoheitsgewalt, sondern Zugeständnis autonomer Satz- zungsgewalt	99
–	Zusammenfassung	110
2.2.	Die Grundrechtsbindung der tariflichen Normsetzung	110
2.3.	Die Effektivgarantieklausel als Verstoss gegen das Prinzip der Rechtsgleichheit	115
3.	Der verbandsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz	116
III.	Die Effektivgarantieklausel als Verstoss gegen das die Tarifparteien bindende Gleichheitsgebot	119
§ 9	Weitere Einwände gegen die Zulässigkeit der Effektivgarantieklausel	119
1.	Das Verbot tariflicher Individualregelungen	120
2.	Das Prinzip der Sozialadäquanz	122
3.	Verschiedene Einwände von KNITTER	123
B.	Begrenzte Effektivklauseln	124
§ 10	Struktur und Wirkungsweise der begrenzten Effektivklausel	124
1.	Die begrenzte Effektivklausel als Tarifbeständigkeitsklausel	127
2.	Die begrenzte Effektivklausel als negative Inhaltsnorm	129
3.	Die begrenzte Effektivklausel als Auslegungs- oder Beweislastregel	131
4.	Die begrenzte Effektivklausel als dispositive Tarifnorm	132
§ 11	Die begrenzte Effektivklausel im Vergleich zur Effektivgarantieklausel	133
§ 12	Der Unterschied rechtfertigt keine rechtlich verschiedene Beurteilung der begrenzten Effektivklausel	134
C.	Schuldrechtliche Effektivklauseln	136
§ 13	Harmonie normativer und schuldrechtlicher Bestimmungen im Gesamtarbeitsvertrag ..	137
§ 14	Auch die schuldrechtliche Effektivklausel verstösst gegen den verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz	141
	Zusammenfassung des Ergebnisses	142

Literaturverzeichnis

- ADOMEIT KLAUS, Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht (München 1969)
- ARREGGER OTTO, Die normativen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages und ihr Verhältnis zum Einzelarbeitsvertrag (Diss. Bern 1973)
- BÄNZIGER ROLF, Höchststarbeitsbedingungen im Gesamtarbeitsvertrag? WuR 1978, 410ff.
- BECKER HERMANN, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse (Bern 1934)
- BICKEL DIETRICH, Über die Unmöglichkeit eines Grundsatzes der Gleichbehandlung im Arbeitsrecht (Marburg 1968)
- BIEDENKOPF KURT H., Grenzen der Tarifaufonomie (Karlsruhe 1964)
- BORKOWETZ FRANZ, Kollektivvertragsgesetz mit ausführlichen Erläuterungen (Wien 1971)
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit (Vom 29. Januar 1954) BBl 1954, 125ff.
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titels bis des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag) (Vom 25. August 1967) BBl 1967 II, 241ff.
- BÖTTICHER EDUARD, Gestaltungsrecht und Unterwerfungswille im Privatrecht (Berlin 1964)
- Die Ausübung der Tarifmacht durch negative Inhaltsnormen, RdA 1968, 418ff.
- BUCHER EUGEN, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis (Tübingen 1965)
- BUCHLI HEINZ PETER, Zur Auslegung des Gesamtarbeitsvertrages und des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages (Diss. Bern 1969)
- BULLA G.-A., Das Prinzip der Sozialadäquanz im Arbeitsrecht RdA 1962, 6ff.
- BUTZ HANS H., Die rechtlichen Auswirkungen einer Tarifloohnerhöhung, DB 1958, 428ff.
- BYDLINSKI FRANZ, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht. Verhandlungen des ersten Österreichischen Juristentages I (Wien 1961)
- DIRSCHMIED KARL, Neuordnung des kollektiven Arbeitsrechts in Österreich, AuR 1976, 104ff.
- DRATH MARTIN, Der Gesetzesbegriff in den Rechtswissenschaften, Studium Generale 1966, 679ff.
- DREES HERBERT M., Die tarifliche Effektivklausel (Diss. Köln 1972)
- EGGER AUGUST, in: Zürcher Kommentar zum ZGB, Bd. I, Einleitung und Personenrecht (2.A. Zürich 1930)
- ETZEL GERHARD, Zur Zulässigkeit tariflicher Effektivklauseln, AuR 1969, 257ff.
- FLEINER F./GIACOMETTI Z., Schweizerisches Bundesstaatsrecht (Zürich 1949)
- FLEINER THOMAS, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts (Zürich 1977)
- FLEMMING GEROLD, Rechtsvergleichende Untersuchungen zum Gesamtarbeitsvertrag nach deutschem, schweizerischem und österreichischem Recht unter besonderer Berücksichtigung der Rückwirkung als Beispiel für die Grenzen der Kollektivmacht (Diss. Basel 1967)
- FLORETTA HANS, Kollektivmacht und Individualinteressen im Arbeitsrecht, in: Floretta/Strasser, Die kollektiven Mächte im Arbeitsleben (Wien 1963) 59ff.
- FOERSTER ALF INGMAR, Zur Rechtswirksamkeit tariflicher Effektivklauseln, Arbeitgeber (Düsseldorf) 1956, 504ff.
- FREY ERICH, Gerechtigkeitsgleichheit und Machtträgerpflicht als richtige Dogmatisierung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Arbeitsrecht, AuR 1961, 234ff.
- Anmerkungen zum Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 14.2.1968, AuR 1968, 319f.
- FREY HELMUT, Sind Tarifklauseln zulässig, die den Bestand übertariflicher Zuschläge garantieren? RdA 1960, 291ff.
- GALPERIN HANS, Die autonome Rechtssetzung im Arbeitsrecht, in: Festschrift für Erich Molitor (München und Berlin 1962) 143ff.
- GERWIG MAX, Schweizerisches Genossenschaftsrecht (Bern 1957)
- GIACOMETTI Z., Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone (Zürich 1941)
- VON GIERKE OTTO, Deutsches Privatrecht I (Leipzig 1895)
- GIGER HANS GEORG, Die Mitwirkung privater Verbände bei der Durchführung öffentlicher Aufgaben (Diss. Bern 1949)
- GÖRNER, Probleme der Gleichbehandlung bei der Entlohnung, RdA 1962, 218ff.

- GUHL/MERZ/KUMMER, Das Schweizerische Obligationenrecht (6.A. Zürich 1972)
- GUMPert JOBST, Wirkung tariflicher Besitzstandsklauseln (Effektivklauseln), BB 1955, 28ff.
- GYSIN ARNOLD, Zur Revision des Arbeitsrechts, ZSR 70 (1951) 373ff.
- Verbandsrecht und staatliches Recht, Gewerkschaftliche Rundschau 1949, 233ff.
 - Privatrecht und öffentliches Recht im Arbeitsrecht, ZBJV 87 (1951) 49ff.
 - Inhalt, Wirkungen, Anwendung und Durchsetzung des Gesamtarbeitsvertrages, ZBJV 93 (1957) 417ff.
- HANAU P./ADOMEIT K., Arbeitsrecht (5.A. Frankfurt 1978)
- HAUSHEER HEINZ, Die Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen als gesetzgeberisches Gestaltungsmittel, ZSR 95 (1976) II, 225ff.
- HEINI ANTON, in: Schweizerisches Privatrecht II (Basel und Stuttgart 1967)
- HEITHER FRIEDRICH H., Das kollektive Arbeitsrecht der Schweiz (Stuttgart 1964)
- HERSCHEL WILHELM, Zur Rechtsnatur der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, in: Sozialreform und Sozialrecht, Festschrift für Walter Bogs (Berlin 1959) 125ff.
- Vom Arbeitsschutz zum Arbeitsrecht, in: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960, Bd. I (Karlsruhe 1960)
- HESEL PHILIPP, Anmerkungen zum Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 1.3.1956, AuR 1956, 155ff.
- HIMMELMANN GERHARD, Lohnbildung durch Kollektivverhandlungen (Berlin 1971)
- HOFBAUER HANS, Der Rechtscharakter der Tarifverträge und der Allgemeinverbindlicherklärung (Berlin 1974)
- HOLER OSKAR, Die Rechtsnatur des Gesamtarbeitsvertrages, SJZ 1939, 1ff.
- Gesamtarbeitsvertrag und Allgemeinverbindlichkeit (Zürich 1943)
- HÖLTERS WOLFGANG, Harmonie normativer und schuldrechtlicher Abreden in Tarifverträgen (Berlin 1973)
- HUBER HANS, Verbandsrecht und staatliches Recht, ZSGV 1949, 52ff.
- Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsge nossen, ZSR 74 (1955) I, 173ff.
 - Der Schutz der Staatsbürgerrechte des Arbeitnehmers, ZSR 82 I, 131ff.
- HUECK ALFRED, Zulässigkeit und Wirkung einer tariflichen Effektivklausel (Gutachten), BB 1954, 776ff.
- Tarifausschlussklauseln und verwandte Klauseln im Tarifvertragsrecht (München und Berlin 1966)
- HUECK A./NIPPERDEY H.C., Lehrbuch des Arbeitsrechts II/1 (7.A. Berlin und Frankfurt 1967)
- HUECK GÖTZ, Der Grundsatz der gleichmässigen Behandlung im Privatrecht (München und Berlin 1958)
- HUG WALTHER, Die Gesetzgebung über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit, WuR 1954, 117ff.
- Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Probleme der modernen schweizerischen Demokratie, in: Helmut Duvernell, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Probleme der modernen Demokratie (Berlin 1968)
- IMBODEN MAX/RHINOW RENÉ A., Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung I u. II (Basel und Stuttgart 1976)
- JACOBI ERWIN, Grundlehren des Arbeitsrechts (Leipzig 1927)
- KARAKATSANIS A., Die kollektivrechtliche Gestaltung des Arbeitsverhältnisses und ihre Grenzen (Heidelberg 1963)
- KELLER ANDREAS, Die Ausschliessung aus dem Verein (Diss. Freiburg CH 1979)
- KNEVELS PETER, Übertarifliche Lohnbestandteile und Tarifloohnerhöhungen, DB 1967, 81ff.
- KNITTER UDO, Möglichkeiten und Grenzen der Lohnänderung durch Tarifverträge (Köln 1961)
- KOBI JEAN MARCEL, Rechtsprobleme des Normalarbeitsvertrages (Zürich 1973)
- KREIS PETER, Der Anschluss eines Aussenseiters an den Gesamtarbeitsvertrag (Diss. Bern 1973)
- KÜLP BERNHARD, Die «wage drift» im Lichte der modernen Lohntheorie, Kulturpolitik (Zeitschrift) 1963, 166ff.
- KUNZE OTTO, Begrenzte Effektivklauseln als Arbeitsbedingungen, AuR 1969, 225ff.
- LIVER PETER, Der Begriff der Rechtsquelle, in: Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht, Festgabe für den schweizerischen Juristenverein, Jahresversammlung 1955, ZBJV 91 bis (1955) 1ff.
- LUSSER EDUARD, Zur Konstruktion kollektiver Verträge, SJZ 1954, 137ff. u. 169ff.
- Untersuchungen zum Gesamtarbeitsvertrag (Diss. Bern 1957)
- MAYER-MALY T., Österreichisches Arbeitsrecht (Wien 1970)

- MEIER-HAYOZ A./FORSTMOSER P., Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts (Bern 1974)
- MERZ HANS, Privatautonomie heute – Grundsatz und Rechtswirklichkeit (Karlsruhe 1970)
- MEYER DANIEL, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im schweizerischen Arbeitsrecht (Bern 1976)
- MEYER-CORDING ULRICH, Die Rechtsnormen (Tübingen 1971)
- MOLITOR ERICH, Anmerkungen zum Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 23.3.1957, in: AR-Blattei = Tarifvertrag I. B, Entscheidung 1.
- MÜLLER GEORG, Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung (Basel und Stuttgart 1979)
- MÜLLER JÖRG PAUL, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts (Diss. Bern 1964)
- NEF URS CH., Der Gleichbehandlungsgrundsatz im schweizerischen Arbeitsrecht, SJZ 1976, 17ff.
- NIKISCH ARTHUR, Arbeitsrecht II (2.A. Tübingen 1959)
- Tarifvertragliche Effektivklauseln, BB 1961, 1205ff.
 - Zur Tarifautonomie und ihren Grenzen, Juristenzeitung (Tübingen) 1966, 778ff.
 - Die sogenannte Effektivklausel bei tariflichen Lohnerhöhungen (Gutachten), BB 1956, 468ff.
- OFTINGER KARL, Die Vertragsfreiheit, in: Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung (Zürich 1948) 315ff.
- OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch V/2 (Zürich 1936)
- OSSWALD R., Die Beschränkung der freien Berufswahl und Berufsausübung durch Gesamtarbeitsvertrag und Tarifvertrag (Diss. Basel 1967)
- RAMM THILO, Die Parteien des Tarifvertrages. Kritik und Neubegründung der Lehre vom Tarifvertrag (Stuttgart 1961)
- Die Rechtsnatur des Tarifvertrages, Juristenzeitung 1962, 78ff.
 - Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes, Juristenzeitung 1964, 546ff.
- REHBINDER MANFRED, Die Rechtsnatur des Tarifvertrages, Juristische Rundschau 1968, 167ff.
- REHHAHN HANS, Tariflöhne und Effektivklauseln, AuR 1956, 289ff.
- RICHARDI REINHARD, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses (München 1968)
- Die begrenzte Effektivklausel im Tarifvertrag, DB 1969, 1986ff.
- RUMPF KLAUS, Zur Zulässigkeit sogenannter begrenzter Effektivklauseln in Tarifverträgen, BB 1968, 1161ff.
- SÄCKER FRANZ-JÜRGEN, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, RdA 1969, 291ff.
- Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht (Berlin 1972)
- SCHAEPI, Der Anspruch auf Kinderzulagen (Diss. Bern 1974)
- SCHERRER JOS. LEO, Öffentliches und privates Recht im Arbeitsschutz (Diss. Freiburg CH 1946)
- SCHICHEL WALRAM, Die Grenzen kollektivrechtlicher Regelung von Arbeitsentgelten (Diss. Münster 1961)
- SCHLUEP WALTER R., Überbordungsgefahren von Arbeitskonflikten (Bern 1973)
- SCHMIDT GERHARD, Das Günstigkeitsprinzip im deutschen und schweizerischen Arbeitsrecht (Diss. Freiburg CH 1969)
- SCHNORR GERHARD, Inhalt und Grenzen der Tarifautonomie, Juristische Rundschau 1966, 327ff.
- SCHOOP RENÉ, Der Gesamtarbeitsvertrag (St. Gallen 1969)
- SCHÖNENBERGER W./JÄGGI P., Zürcher Kommentar Bd. V/1a, Obligationenrecht (3.A. Zürich 1973)
- SCHWEINGRUBER EDWIN, Gesetz und Kollektivvertrag (Zürich 1946)
- Entwicklungstendenzen in der Praxis des Gesamtarbeitsvertrages, ZBJV 83 (1947) 193ff.
 - Das Arbeitsrecht der Schweiz (2.A. Zürich 1951)
 - Das Arbeitsrecht, in: Festschrift für Fritz Marbach, Strukturwandlungen der schweizerischen Wirtschaft und Gesellschaft (Bern 1962) 429ff.
- SCHWEINGRUBER E./BIGLER W., Kommentar zum Gesamtarbeitsvertrag (2.A. Bern 1972)
- SINZHEIMER HUGO, Der korporative Arbeitsnormenvertrag, 1. Teil (Leipzig 1907)
- SÖLLNER ALFRED, Arbeitsrecht (6.A. Stuttgart 1978)
- STAHLHACKE EUGEN, Zulässigkeit und Wirkungen tariflicher Effektivklauseln, RdA 1957, 466ff.
- Die Beeinflussung der Effektivlöhne durch Tarifvertrag, RdA 1962, 223ff.
 - Die Zulässigkeit der begrenzten Effektivklausel im Tarifvertrag, DB 1969, 791ff.
- VON STEIGER WERNER, in: Schweizerisches Privatrecht VIII/1 (Basel und Stuttgart 1976)
- STRASSER RUDOLF, in: Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht, Bd. II, Kollektives Arbeitsrecht (Arbeitsverfassungsrecht) (Wien 1976)

- STREIFF ULLIN, Leitfaden zum neuen Arbeitsvertragsrecht (2.A. Glattbrugg/Zürich 1973)
- STRENG OTTO, Tarifvertrag und Einzelarbeitsverhältnis (Diss. Erlangen 1963)
- THALMANN-ANTENEN HELENE, Die Allgemeinverbindlichkeit der Gesamtarbeitsverträge (Zürich 1944)
- TOMANDI THEODOR, Probleme der kollektivvertraglichen Ist-Lohnregelung, ZAS 1969, 41ff.
- TRÖSTER KLAUS, Die individuelle und kollektive Gestaltung des Arbeitsverhältnisses (Diss. Freiburg CH 1965)
- VON TUHR ANDREAS, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I (1.A. Tübingen 1924)
- VON TUHR PETER, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I (3.A. Zürich 1979)
- USTERI MARTIN, Über Verfassungswidrigkeiten im Entwurf zu einem neuen Gesamtarbeitsvertragsgesetz, SJZ 1954, 269ff.
- VISCHER FRANK, in: Schweizerisches Privatrecht VII/1 (Basel und Stuttgart 1977)
- VITS HANS JOCHEN, Zur rechtlichen Beurteilung der sogenannten Effektivklausel, DB 1961, 502ff.
- Vorarbeiten für ein Bundesgesetz über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit, Bericht und Gesetzesentwurf, herausgegeben vom Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (BIGA) im Dezember 1950
- WACKERNAGEL JACOB, Die Konstruktion des Gesamtarbeitsvertrages (Tarifvertrages), ZSR 49 (1930) 189ff.
- WALZ FELIX, Die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtvereinbarungen (Diss. Zürich 1947)
- WESPI KASPAR, Die Drittwirkung der Freiheitsrechte (Zürich 1968)
- WIEDEMANN HERBERT/STUMPF HERMANN, Tarifvertragsgesetz (5.A. München 1977)
- WILDHABER LUZIUS, Vertrag und Gesetz – Konsensual- und Mehrheitsentscheid im schweizerischen Staatsrecht, ZSR 94 (1975) I, 113ff.
- WITTZACK WILFRIED, Entwicklung und Ausbau des schweizerischen Gesamtarbeitsvertragsrechts (Diss. Göttingen 1958)
- WLOTZKE OTFRIED, Das Günstigkeitsprinzip (Heidelberg 1957)
- Die Auswirkung von Tariflohnerhöhungen auf vertraglich vereinbarte Löhne und Gehälter, AuR 1961, 68ff.
- ZANETTI BERNARDO, Gesamtarbeitsvertrag und Allgemeinverbindlicherklärung, in: Schweizerische Juristische Kartothek, Nrn 841 und 842
- ZIEPKE JÜRGEN, Die Anrechnung von Tariflohnerhöhungen, BB 1969, 389ff.
- ZÖLLNER WOLFGANG, Die Rechtsnatur der Tarifnormen nach deutschem Recht (Wien 1966)
- Arbeitsrecht (2.A. München 1979)
- ZUMBÜHL ROBERT, Bemerkungen zur geplanten Gesetzgebung über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit, WuR 1954, 163ff.

Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	an anderem Ort
Abs.	Absatz
AP	Nachschlagewerk des deutschen Bundesarbeitsgerichts – Arbeitsrechtliche Praxis
Arb VG	Österreichisches Arbeitsverfassungsgesetz
ARV	Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, Mitteilungsblatt des BIGA (Zürich)
BAG	deutsches Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebsberater, Zeitschrift (Heidelberg)
BBl.	Bundesblatt (Bern)
Bd.	Band
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungssammlung des schweizerischen Bundesgerichtes
BIGA	Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit
BV	Bundesverfassung
DB	Der Betrieb, Zeitschrift (Düsseldorf)
EVGE	Entscheidungssammlung des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
JR	Juristische Rundschau, Zeitschrift (Berlin)
JZ	Juristenzeitung (Tübingen)
N	Note, Fussnote
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), vom 30.3.1911
Praxis	Die Praxis des Bundesgerichts (Basel)
RdA	Recht der Arbeit, Zeitschrift (München und Berlin)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Bern)
Sten.Bull.	Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung (Zürich)
TVG	Tarifvertragsgesetz der Bundesrepublik Deutschland
WuR	Wirtschaft und Recht, Zeitschrift (Zürich)
ZAS	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht (Wien)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dez. 1907
ZSGV	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)

Einleitung

Lehre und Praxis des schweizerischen Arbeitsrechts haben sich bislang kaum mit der Problematik der Effektivklausel auseinandergesetzt. Die Frage der Reichweite der Tarifaautonomie und damit die Suche nach den Grenzen kollektiver Regelungszuständigkeit bei der Gestaltung der Arbeitsbedingungen fand erstaunlicherweise in der Schweiz nur wenig, man möchte fast sagen keine Beachtung, mindestens bis vor kurzem. Umso intensiver hat sich das deutsche Arbeitsrecht sowohl mit den Grenzen der Tarifaautonomie allgemein als auch mit der tariflichen Effektivklausel im besonderen befasst, und zwar seit Jahrzehnten.

Diese Abstinenz im schweizerischen Arbeitsrecht bedeutet nun keineswegs, dass die erwähnten Probleme hierzulande nicht ebenfalls bestünden. Gerade am Beispiel der gesamtarbeitsvertraglichen Effektivklausel, deren Zulässigkeit oder Unzulässigkeit Thema der vorliegenden Arbeit ist, wird sich zeigen, dass das Gegenteil der Fall ist: Die gleichen Fragen rufen auch im schweizerischen Arbeitsrecht nach einer Lösung in durchaus vergleichbarem Masse.

Im ersten Kapitel der vorliegenden Arbeit sollen zunächst Bedeutung und Funktion der Effektivklausel dargestellt werden, welche sich erst nach Beantwortung gewisser Vorfragen erkennen lassen. Im Anschluss daran soll untersucht werden, ob sie nach geltendem Schweizer Recht überhaupt zulässig vereinbart werden kann.

1. Kapitel: Funktion und Bedeutung der Effektivklausel

§ 1 Die «wage drift» als Ausgangspunkt

Die auf der Ebene des Einzelarbeitsvertrages effektiv gewährten Löhne (Effektivlöhne) übersteigen erfahrungsgemäss die im Gesamtarbeitsvertrag fixierten Mindestlöhne in deutlichem Ausmass. Diese Tatsache des Auseinanderklaffens von Effektivlöhnen und Tariflöhnen¹ wird in der Literatur als «wage drift»² bezeichnet. Ihr verdankt das Problem der Effektivklausel seine Existenz.

Die im Gesamtarbeitsvertrag vereinbarten Löhne sind lediglich Mindestlöhne, weshalb sie dem in Wirtschaft und Arbeitsmarkt bestehenden Differenzierungsbedürfnis nicht zu genügen vermögen. Will man Arbeitnehmer, die unter den Geltungsbereich eines Gesamtarbeitsvertrages fallen, ihrer individuellen Leistung entsprechend entlöhnen, so errichtet man notwendigerweise über dem Niveau des Tariflohnes ein ganzes Gebäude individuell verschieden hoher übertariflicher Zulagen.

Das erwähnte Differenzierungsbedürfnis und damit die wage drift ist in Zeiten der Hochkonjunktur und des Arbeitskräftemangels besonders gross. Neben diesem konjunkturellen Faktor weist KÜLP³ auf vier weitere hin, worunter besonders der Geltungsbereich und die Laufzeit des Gesamtarbeitsvertrages zu erwähnen sind. Je mehr Betriebe und Regionen nämlich unter den Geltungsbereich eines Gesamtarbeitsvertrages fallen, desto ausgeprägter wird auch das Differenzierungsbedürfnis sein. Der Zusammenhang zwischen wage drift und Laufzeit des Gesamtarbeitsvertrages ist darauf zurückzuführen, dass Tariflöhne sich nicht mit derselben Schnelligkeit wie die Effektivlöhne an das Wirtschaftswachstum anpassen lassen.

Zu Unrecht wird der wage drift oft rein statistische Bedeutung beigemessen. Bei näherer Betrachtung erweist sie sich nämlich als Ursache mehrerer ernst zu nehmender Probleme rechtlicher wie ausserrechtlicher

1 Der Einfachheit halber wird in dieser Arbeit anstelle des Begriffs «gesamtarbeitsvertraglicher Mindestlohn» der hiezulande weniger gebräuchliche Begriff «Tariflohn» verwendet, der in der arbeitsrechtlichen Terminologie in Deutschland gängig ist. Er umfasst nicht nur den gesamtarbeitsvertraglichen Grundlohn, sondern auch sämtliche Zulagen, auf die gemäss Gesamtarbeitsvertrag ein Anspruch besteht.

2 Der englischsprachige Ausdruck «wage drift» wird auch in der deutschsprachigen Literatur regelmässig der verdeutschten Version «Lohn-Drift» oder «Lohnauftrieb» vorgezogen. Er bezeichnet sowohl die zwischen Tariflöhnen und Effektivlöhnen zu verzeichnende Differenz an sich als auch deren Veränderung pro Jahr, vgl. BERNHARD KÜLP, Die «wage drift» im Lichte der modernen Lohntheorie, Konjunkturpolitik 9 (1963) 166 N 2.

3 KÜLP a.a.O. 171ff.

Art. Insbesondere den Gewerkschaften bereitet sie etwelche Sorgen. Die Mitgliedschaft in einem Arbeitnehmerverband verliert an Attraktivität, je mehr die Effektivlöhne das im Gesamtarbeitsvertrag erkämpfte Mindestniveau übersteigen. Vermögen die Gewerkschaften ihren Mitgliedern nicht oder nur in vermindertem Masse zu unmittelbarem und individuellem Fortkommen zu verhelfen, so fühlt sich der einzelne Arbeitnehmer, dessen effektive Arbeitsbedingungen die kollektiv erkämpften Mindestarbeitsbedingungen ohnehin übertreffen, weniger auf die Verbandsmitgliedschaft angewiesen. Mit zunehmender wage drift verringert sich auch die tatsächliche Bedeutung des Gesamtarbeitsvertrages.⁴

HIMMELMANN⁵ zählt die wage drift zu den die Streikfreudigkeit und Streikhäufigkeit negativ beeinflussenden Faktoren. Es verringere sich der Anreiz, für die rein formale vertragliche Fixierung eines höheren Mindestlohnes, der aber noch unter dem Effektivlohn liege, zu streiken, wenn die Arbeitnehmer mehr Lohn bekämen, als im Tarifvertrag festgelegt sei. Wer dem entgegenhält, die Solidarität unter den Arbeitnehmern reiche so weit, dass man nicht mehr zwischen den Interessen des einzelnen und der Gruppe, d.h. des Arbeitnehmerverbandes, zu unterscheiden brauche, verkennt letztlich Natur und Wesen des Menschen.

§ 2 Der Einfluss von Tariflohnänderungen auf die Effektivlöhne

Bei Veränderungen des Tariflohnes stellt sich stets die Frage nach deren Auswirkung auf die einzelarbeitsvertraglichen Effektivlöhne. Hat die Erhöhung des Tariflohnes um den Betrag X eine effektive Verdienststeigerung jedes beteiligten Arbeitnehmers um denselben Betrag X zur Folge oder erfährt etwa der Effektivlohn nur dann eine Änderung, wenn ihn der erhöhte Tariflohn übersteigt? Bewirkt eine Senkung des Tariflohnes die Reduktion der Effektivlöhne im selben Ausmass? Erfahren die individuellen übertariflichen Zulagen eine einheitliche Niveauverschiebung unter Wah-

4 THEODOR TOMANDL, Probleme der kollektivvertraglichen Ist-Lohnregelung, ZAS 1969, 41.

5 GERHARD HIMMELMANN, Lohnbildung durch Kollektivverhandlungen (Berlin 1971) 210.

1 UDO KNITTER, Möglichkeiten und Grenzen der Lohnänderung durch Tarifverträge (Diss. Köln 1960) 26f., kritisiert mit Recht den Begriff «Aufsaugung» in diesem Zusammenhang. Dieser Begriff gebe den juristischen Vorgang unrichtig wieder, da vom übertariflichen Gesamtlohn gar nichts aufgesaugt werde. Nach der Tariflohnerhöhung sei lediglich ein grösserer Teil dieses übertariflichen Gesamtlohnes durch den Tarifvertrag gesichert. KNITTER betrachtet die Aufteilung jedes übertariflichen Gesamtlohnes in rechtsursprünglich verschiedene Bestandteile als unorganisch und dogmatisch falsch (S. 13f.).

rung ihres bisherigen Umfanges? Mit anderen Worten: Werden die bisher bezahlten übertariflichen Zulagen auf den erhöhten Tariflohn «aufgestockt» oder werden sie im Umfange der Tariflohnerhöhung «aufgesaugt»?¹ mit der Konsequenz, dass die Effektivlöhne unverändert bleiben, es sei denn, der erhöhte Tariflohn übersteige sie?

Die Veränderung des Tariflohnes als solche vermag nur insoweit einen Rechtsanspruch auf Veränderung des Effektivlohnes zu begründen, als der neue Tariflohn den bisherigen Effektivlohn übersteigt. Würde die Herabsetzung des Tariflohnes von sich aus eine entsprechende Reduktion der Effektivlöhne bewirken, so stünde dies klar im Widerspruch zum Günstigkeitsprinzip, welchem zwingende Wirkung zukommt². Dieses besagt unter anderem, dass bestehende, einzelarbeitsvertraglich begründete und für den Arbeitnehmer günstigere Bedingungen durch den Gesamtarbeitsvertrag nicht beeinträchtigt oder beseitigt werden, der tariflichen Regelung also nicht weichen müssen.³ So wenig wie nun die Herabsetzung des Tariflohnes

2 Vgl. ROLF BÄNZIGER, Höchstarbeitsbedingungen im Gesamtarbeitsvertrag? *Wirtschaft und Recht* 1978, 410ff.; F. WALTER BIGLER in Schweingruber/Bigler, Kommentar zum GAV (2.A. Bern 1972) 99; MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht (5.A. Bern 1979) 166; GERHARD SCHMIDT, Das Günstigkeitsprinzip im deutschen und schweizerischen Arbeitsrecht (Diss. Freiburg CH 1969) 29ff.; KLAUS TRÖSTER, Die individuelle und kollektive Gestaltung des Arbeitsverhältnisses (Diss. Freiburg CH 1965) 48f.; FRANK VISCHER, in Schweizerisches Privatrecht VII/1 (Basel und Stuttgart 1977) 461 N 14a; WILFRIED WITZACK, Entwicklung und Ausbau des schweizerischen Gesamtarbeitsvertragsrechts (Diss. Göttingen 1958 Masch. Schr.) 218f.

A.M. GEROLD FLEMMING, Rechtsvergleichende Untersuchungen zum GAV nach deutschem, schweizerischem und österreichischem Recht (Diss. Basel 1967 Masch. Schr.) 42, allerdings ohne jegliche Begründung. Kritisch E. SCHWEINGRUBER bei Schweingruber/Bigler, Kommentar zum GAV (2.A. Bern 1972) 58; ders., Das Arbeitsrecht, in: Festschrift für Fritz Marbach, Strukturwandlungen der schweizerischen Wirtschaft und Gesellschaft (Bern 1962) 436.

Vgl. in Deutschland für viele KURT BIEDENKOPF, Grenzen der Tarifautonomie (Karlsruhe 1964) 75; PETER HANAU/KLAUS ADOMEIT, Arbeitsrecht (5.A. Frankfurt 1978) 59; ALFRED HUECK/HANS CARL NIPPERDEY, Lehrbuch des Arbeitsrechts II/1 (7.A. Berlin und Frankfurt 1967) 573; ALEXANDER KARAKATSANIS, Die kollektivrechtliche Gestaltung des Arbeitsverhältnisses und ihre Grenzen (Heidelberg 1963) 111; ARTHUR NIKISCH, Arbeitsrecht II (2.A. Tübingen 1959) 420f.; REINHARD RICHARDI, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses (München 1968) 365ff.; ALFRED SÖLLNER, Arbeitsrecht (5.A. Stuttgart 1976) 123; OTFRIED WLOTZKE, Das Günstigkeitsprinzip (Heidelberg 1957) 24.

Im Gegensatz zum deutschen und schweizerischen Arbeitsrecht ist das Günstigkeitsprinzip im österreichischen Arbeitsrecht gemäss § 3 Arb VG lediglich als dispositiver Rechtssatz ausgestaltet; vgl. KARL DIRSCHMIED, Neuregelung des kollektiven Arbeitsrechts in Österreich, *AuR* 1976, 104ff. THEO MAYER-MALY, Österreichisches Arbeitsrecht (Wien 1970) 184; RUDOLF STRASSER, Arbeitsrecht II (Wien 1976) 62.

3 ARTHUR NIKISCH, Arbeitsrecht II (2.A. Tübingen 1959) 426; REINHARD RICHARDI, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses (München 1968) 392f.; GERHARD SCHMIDT, Das Günstigkeitsprinzip im deutschen und schweizerischen Arbeitsrecht (Diss. Freiburg CH 1969) 45ff.; WILFRIED WITZACK, Entwicklung und Ausbau des schweizerischen Gesamtarbeitsvertragsrechts (Diss. Göttingen 1958 Masch. Schr.) 22, mit Hinweis auf Gewerbegericht der Stadt Bern, Mitteilungsblatt des BIGA 1955, 42; OTFRIED WLOTZKE, Das Günstigkeitsprinzip (Heidelberg 1957) 45 u. 52f.

eine entsprechende Reduktion der Effektivlöhne von sich aus bewirken kann, begründet die Erhöhung des Tariflohnes allein einen Rechtsanspruch auf Aufstockung der übertariflichen Zulagen. Sofern und solange die individuellen Effektivlöhne den erhöhten Tariflohn erreichen oder übersteigen, stehen sie im Einklang mit der tariflichen Regelung, welche dessen Höhe und damit den Minimalbetrag der zu bezahlenden Effektivlöhne fixiert. Nur jene Effektivlöhne, die unter dem erhöhten Tariflohn liegen, erfahren unmittelbar durch dessen Heraufsetzung eine Veränderung: sie müssen die im Gesamtarbeitsvertrag nunmehr festgelegte Mindesthöhe erreichen.

Bleiben also übertarifliche Effektivlöhne von einer Tariflohnerhöhung unberührt, solange der Tariflohn den vereinbarten Effektivlohn nicht übersteigt, so kann sich eine Aufstockung übertariflicher Zulagen nur aus anderem Rechtsgrund ergeben⁴. Fragt man, welcher andere Rechtsgrund sich anbietet, das Schicksal der übertariflichen Zulagen für den Fall von Tariflohnänderungen zu bestimmen, so ist zunächst an den Einzelarbeitsvertrag zu denken, begründet dieser doch den Rechtsanspruch auf eine übertarifliche Zulage respektive auf einen den Tariflohn übersteigenden individuellen Effektivlohn. Richtigerweise soll er sich darüber ausdrücken, ob er einen Anspruch auf gleichbleibende Spanne zwischen Effektivlohn und Tariflohn schaffen will oder einfach auf einen Effektivlohn bestimmter absoluter Höhe. Erfahrungsgemäss treffen die Parteien des Einzelarbeitsvertrages allerdings keine Vereinbarung darüber, was im Falle einer Tariflohnänderung mit der übertariflichen Zulage geschehen soll: sie beschränken sich in der Regel darauf, die Höhe der Zulage oder einfach den individuellen Effektivlohn an sich zu fixieren. Allein die Auslegung der einzelarbeitsvertraglichen Abrede, die Frage nach dem mutmasslichen und zum Ausdruck kommenden Willen der Parteien, ist dann massgebend. Im deutschen Arbeitsrecht stehen hierzu gefestigte Erfahrungsregeln zur Verfügung, welche auf umfangreicher Lehre und Praxis fussen⁵. Es wird dabei hauptsächlich auf

4 Diese Ansicht vertritt das BAG in ständiger Rechtsprechung: BAG, AuR 68, 316f.; AP Nr. 7 zu § 4 TVG Übertariflicher Lohn und Tariflohnerhöhung = AuR 1964, 157; AuR 1966, 60; JÜRGEN ZILPKF, Die Anrechnung von Tariflohnerhöhungen, BB 1968, 389; PETER KNEVELS, Übertarifliche Lohnbestandteile und Tariflohnerhöhungen, DB 1967, 81.

Vgl. hierzu auch NIKISCH a.a.O. 455; THEODOR TOMANDL, Probleme der kollektivvertraglichen Ist-Lohnregelung, ZAS 1969, 41, mit Hinweis auf österreichische Rechtsprechung (N 2). Kritisch HANS REINHARDT, Tariflöhne und Effektivklauseln, AuR 1956, 289.

5 HUECK, NIPPERDEY, Lehrbuch des Arbeitsrechts II, 1 (7.A. Berlin und Frankfurt 1967) 595ff.; PETER KNEVELS, Übertarifliche Lohnbestandteile und Tariflohnerhöhungen, DB 1967, 81ff.; NIKISCH a.a.O. 445ff.; RICHARDI a.a.O. 411; GERHARD SCHMIDT a.a.O. 56f.; KLAUS TRÖSTER, Die individuelle und kollektive Gestaltung des Arbeitsverhältnisses (Diss. Freiburg CH 1965) 51f.; WLOTZKE a.a.O. 54ff.; JÜRGEN ZIEPKE a.a.O. 389ff.

den Grund abgestellt, aus dem die übertarifliche Zulage gewährt wurde. Will die übertarifliche Zulage Äquivalent für besondere individuelle Leistungen und Fähigkeiten sein, handelt es sich also um eine eigentliche Leistungszulage, so liegt es nahe, diese dem jeweiligen Tariflohn zuzuschlagen. Die durch besondere Leistung begründete Differenzierung bleibt auch nach der Erhöhung des generellen Mindestlohniveaus gerechtfertigt, weshalb ihre teilweise oder gänzliche Beseitigung durch Anrechnung auf den erhöhten Tariflohn unter normalen Umständen kaum angebracht erschiene. Hat ein Arbeitgeber hingegen, den allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnissen Rechnung tragend, die Effektivlöhne in seinem Betrieb generell angehoben und damit eine künftige Tarifierhöhung vorweggenommen, so darf eher davon ausgegangen werden, dass hier keine Aufstockung gewollt ist⁶. Ob im konkreten Fall eine eigentliche Leistungszulage vorliegt, lässt sich gegebenenfalls anhand weiterer von der deutschen Lehre und Rechtsprechung herausgearbeiteter Grundsätze ableiten. So mag die Art der Lohnberechnung als Indiz für oder gegen das Vorliegen einer eigentlichen Leistungszulage sprechen. Während z.B. bei einer lohnbuchmässigen Aufteilung des Effektivlohnes in Grundlohn und Zulagen eher davon ausgegangen werden kann, dass eine auf den jeweiligen Tariflohn aufzustockende Leistungszulage vorliegt, spricht deren Zusammenfassung in einem Gesamtbetrag oft dagegen⁷. Eine generell gewährte übertarifliche Entlohnung deutet in der Regel darauf hin, dass die Zulage nicht den Charakter einer Leistungszulage aufweist⁸.

Die eben geschilderten Grundsätze des deutschen Arbeitsrechts dürften auch im schweizerischen Recht bei der Auslegung der in Frage stehenden einzelarbeitsvertraglichen Abrede hilfreich sein.

Lässt sich auch auf dem Wege ergänzender Vertragsauslegung nicht ermitteln, ob die Zulage dem jeweiligen Tariflohn zuzurechnen sei oder nicht, so geben schliesslich die Grundsätze des Beweisrechts den Ausschlag, ob einer Tarifloohnerhöhung aufstockende oder aufsaugende Wirkung zukommt. Es ist der Arbeitnehmer, der die Beweislast⁹ trägt, wenn er geltend machen will, die übertarifliche Zulage sei aufzustocken. Scheitert der Beweis, dass es sich bei der in Frage stehenden Zulage um eine solche handelt, die gemäss dem Willen der Einzelarbeitsvertragsparteien dem erhöhten Tariflohn zuzuschlagen ist, so hat der Richter zuungunsten des Arbeitnehmers

6 Was insbesondere bei Teuerungs- und Konjunkturzulagen der Fall ist. Vgl. dazu PETER KNEVELS a.a.O. 82; NIKISCH a.a.O. 446; JÜRGEN ZIEPKE a.a.O. 390.

7 HUECK/NIPPERDEY a.a.O. 597; PETER KNEVELS a.a.O. 82; NIKISCH a.a.O. 447; WLOTZKE a.a.O. 58; ZIEPKE a.a.O. 389.

8 NIKISCH a.a.O. 447; WLOTZKE a.a.O. 59.

9 Im Unterschied zur Beweisführungslast, von der die Parteien in Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis gemäss Art. 343 OR befreit sind.

zu entscheiden, was schliesslich zur Anrechnung der Zulage führt. Das ergibt sich aus der allgemeinen Beweislastregel des Art. 8 ZGB.

Aus alledem kann gefolgert werden, dass übertarifliche Zulagen im Zweifel nicht auf den erhöhten Tariflohn aufgestockt werden¹⁰. Diese Folgerung beruht allerdings nicht, wie NIKISCH meint,¹¹ auf einer tatsächlichen Vermutung des Inhalts, die Zulagen würden in der Regel aus allgemeinen wirtschaftlichen und sozialpolitischen Erwägungen wegen der Unzulänglichkeit der Tariflöhne gewährt, weshalb sie bei der Erhöhung der Tariflöhne anzurechnen seien. Vielmehr handelt es sich letztlich um eine Konsequenz der Beweislastverteilung. NIKISCH selbst, der an sich gegen jegliche Vermutung bei der Lösung des anstehenden Problems ist¹², führt aus, es könne ohne weiteres angenommen werden, die Zulage solle dem jeweiligen Tariflohn hinzutreten, wenn feststehe, dass es sich um eine Leistungszulage handelt¹³. Gerade das ist eine tatsächliche Vermutung, welche sich im Schweizer Recht aber lediglich im Rahmen der richterlichen Beweiswürdigung auswirkt, die Beweislastverteilung dagegen keinesfalls verändert¹⁴. Steht fest, dass es sich bei der in Frage stehenden Zulage um eine Leistungszulage handelt, so wird der Richter daraus folgern dürfen, dass sie aufzustooken ist, es sei denn, es gelinge dem Arbeitgeber im konkreten Fall durch Gegenbeweis beim Richter Zweifel wachzurufen, dass sie unter den gegebenen Umständen dennoch auf die Tarifierhöhung anzurechnen ist¹⁵. Die Auffassung von NIKISCH, allein die Auslegung der einzelarbeitsvertraglichen Abrede sei massgebend, trifft aber im übrigen durchaus zu.

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen sich ein Aufstockungsanspruch aus dem Einzelarbeitsvertrag ergibt, kann im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht abschliessend behandelt werden; sie findet lediglich beiläufige Erwähnung. Sehr eingehend befasst sich vor allem KNITTER¹⁶ sowohl mit dem zugrundeliegenden Problem der Auswirkungen einer Tariflohnänderung auf die Effektivlöhne als auch mit den oben erwähnten Auslegungsgrundsätzen. Findet sich im Einzelarbeitsvertrag keine ausdrückliche Regelung der Frage, welches Schicksal dem übertariflichen Effektivlohn bei

10 HUECK/NIPPERDEY a.a.O. 595; RICHARDI a.a.O. 410 (mit einer Fülle von Hinweisen auf die deutsche Literatur und Praxis); EUGEN STAHLHACKE, Zulässigkeit und Wirkungen tariflicher Effektivklauseln, RdA 1957, 447; WLOTZKE a.a.O. 55. Vgl. auch die vorn unter Anm. 4 erwähnten Urteile des BAG.

11 NIKISCH a.a.O. 448.

12 NIKISCH a.a.O. 448.

13 NIKISCH a.a.O. 448.

14 MAX KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts (Bern 1970) 122f.

15 Im deutschen Recht gelangen die Beweisgrundsätze des ersten Anscheins zur Anwendung. Vgl. HUECK/NIPPERDEY a.a.O. 598; WLOTZKE a.a.O. 57.

16 UDO KNITTER, Möglichkeiten und Grenzen der Lohnänderung durch Tarifverträge (Diss. Köln 1960) 11ff.

einer Tariflohnänderung beschieden ist, so stellt auch er zunächst auf die Zweckbestimmung der übertariflichen Zulage einerseits und der Tariflohnänderung anderseits ab. Zweckgleichheit spreche in Zweifelsfällen für die Aufsaugung der Zulage, während es bei Zweckverschiedenheit zu einer Erhöhung des übertariflichen Effektivlohnes komme, also zu einer Aufstockung der Zulagen¹⁷. Für den Fall, dass die Situation nach dem Zweckvergleich unklar bleibt, stellt KNITTER¹⁸ den Grundsatz auf, die individuell bemessene, den einzelnen Sonderfall berücksichtigende, übertarifliche Zulage werde im Zweifel durch eine Tariflohnänderung nicht aufgesogen. Diesen, von ihm als Individualprinzip bezeichneten Grundsatz, will KNITTER richtigerweise allgemein, also auch auf die nicht leistungsgebundene Zulage angewendet wissen. Schliesslich ist auch nach seiner Ansicht auf Grund der allgemeinen Beweislastregel zu entscheiden, was bei fehlendem Nachweis der für die Aufstockung rechtsbegründenden Tatsachen dazu führt, dass die übertarifliche Zulage von der Tariflohnerhöhung aufgesogen wird.

Wenn vorn ausgeführt wurde, eine Tariflohnsenkung an sich könne allein keine Reduktion der Effektivlöhne bewirken, so will damit natürlich nicht ausgeschlossen sein, dass sich eine solche aus anderem Rechtsgrund ergeben kann. Auch da kommt es, wie bei der Erhöhung des Tariflohnes, auf die einzelarbeitsvertragliche Abrede an bzw. auf deren Auslegung. Die im Zusammenhang mit der Frage nach Aufstockung oder Anrechnung der übertariflichen Zulage bei Tariflohnerhöhungen entwickelten Auslegungsgrundsätze können auch bei der Beantwortung dieser Frage Anwendung finden. Im Zweifel wird daher die Zulage nicht dem jeweiligen Tariflohnniveau folgen.

Nachdem sich ergeben hat, dass die Tariflohnänderung an sich die individuellen Effektivlöhne nur soweit unmittelbar zu beeinflussen vermag, als diese nicht mindestens die Höhe des Tariflohnes erreichen, und die Regelung des Schicksals der übertariflichen Zulage im Rahmen des Einzelarbeitsvertrags untersucht wurde, erhebt sich nun die Frage, ob auch die Parteien des Gesamtarbeitsvertrags zur Lösung des anstehenden Problems befugt seien. Kann der Gesamtarbeitsvertrag selbst vorschreiben, ob bestehende übertarifliche Zulagen aufzustocken oder abzubauen seien? Mit anderen Worten: Können die Parteien des Gesamtarbeitsvertrags unmittelbaren Einfluss auf die Effektivlöhne nehmen?

17 KNITTER a.a.O. 67f.

18 KNITTER a.a.O. 64f. und 67f.

§ 3 Die direkte Einflussnahme auf übertarifliche Effektivlöhne mittels gesamtarbeitsvertraglicher Bestimmungen

Verständlicherweise versuchen die Tarifparteien, vor allem die Gewerkschaften, den sich aus der wage drift¹ ergebenden Problemen auf der Ebene des Gesamtarbeitsvertrages beizukommen. Die Frage des Schicksals übertariflicher Zulagen bei Tariflohnänderungen – in der Praxis heute regelmässig Tarifloohnerhöhungen – steht dabei im Vordergrund. Die Gewerkschaften sind bestrebt, den einzelnen Arbeitnehmern auch dann eine effektive Verdienststeigerung zu verschaffen, wenn deren Effektivlöhne den erhöhten Tariflohn übersteigen. Hiezu bedarf es aber, wie vorn dargelegt², eines zur blossen Tarifloohnerhöhung hinzukommenden Rechtsgrundes, der sich im Bereiche des Einzelarbeitsvertrages oft nicht findet. Umgekehrt kann aber ein Interesse daran bestehen, das Gegenteil im Gesamtarbeitsvertrag zu erwirken, nämlich den Ausschluss der entsprechenden effektiven Verdienststeigerung im übertariflichen Bereich. Das wäre vor allem im Zusammenhang mit einer massiven Tarifloohnerhöhung denkbar, die ein Arbeitgeber nur unter der Voraussetzung zu akzeptieren bereit ist, dass nicht auch noch durch die Erhöhung zahlreicher über dem neuen Tariflohn liegender Effektivlöhne ein beträchtlicher Mehraufwand entsteht. Die Anrechnung übertariflicher Zulagen ist ausserdem Bedingung dafür, dass Tarifloohnerhöhungen eine die wage drift verringernde Wirkung zukommt.

Das Instrument, dessen sich die Tarifparteien zur Lösung dieser Probleme bedienen, ist die Effektivklausel, die in ganz verschiedener Ausprägung vorkommt. Der Begriff Effektivklausel wird zwar bisher nur zur Bezeichnung von Klauseln verwendet, welche die Aufstockung der übertariflichen Zulagen zum Ziel haben. In der vorliegenden Arbeit wird aber, wie unten ausführlich definiert, auch die Anrechnungs- respektive Verrechnungsklausel dazu gezählt, welche das Gegenteil, nämlich die Aufsaugung, bewirken will.

Schreibt der Gesamtarbeitsvertrag anhand solcher Effektivklauseln vor, die übertariflichen Effektivlöhne seien im vollen oder teilweisen Umfang der Tarifloohnerhöhung anzuheben resp. zu verrechnen, so verlässt er seinen ursprünglichen und bisherigen Zuständigkeitsbereich, generelle Mindestarbeitsbedingungen zu setzen. Je nach Ausgestaltung der Klausel, ob sie sich zum Beispiel auf die mangels einzelarbeitsvertraglicher Regelung entstehenden Zweifelsfälle beschränkt oder generell jede übertarifliche Zulage erfasst, stellt sie einen mehr oder minder empfindlichen Eingriff der Par-

¹ Siehe vorn § 1 bei Anm. 2 u. 3.

² § 2 bei Anm. 4.

teilen des Gesamtarbeitsvertrages in den übertariflichen Bereich der individuellen Arbeitsbedingungen dar, und zwar auf Kosten der Regelungszuständigkeit des Einzelarbeitsvertrages, dem damit weiterer Boden entzogen wird.

Diese Sachlage unterscheidet sich zweifellos von derjenigen, die bei der normalen Erhöhung der Tariflöhne und Mindestarbeitsbedingungen gegeben ist. Dort wird nicht die Regelungszuständigkeit als solche erweitert, sondern lediglich das Ausmass der auf Grund eben dieser Zuständigkeit gesetzten Arbeitsbedingungen. Hier werden aber nicht einfach die generellen Mindestarbeitsbedingungen angehoben, sondern es werden darüber hinaus die diese übertreffenden, auf einzelarbeitsvertraglicher Abrede beruhenden, ausser- oder übertariflichen individuellen Rechtspositionen erfasst und verändert oder ergänzt. Der Umstand, dass die einzelarbeitsvertragliche Regelung selbst zur Regelungsmaterie des Gesamtarbeitsvertrages erhoben wird³, ist das unterscheidende Merkmal. Besonders stossend ist dabei, dass der Gesamtarbeitsvertrag mittels Effektivklausel die mitunter völlig willkürlich entstandene übertarifliche Begünstigung des einzelnen Arbeitnehmers unbeschten übernimmt und in mehr oder minder weitgehendem Ausmass garantiert, regelmässig sogar zum Inhalt des von ihm gesetzten objektiven Rechts macht.

Die Frage nach der Zulässigkeit von Effektivklauseln drängt sich auf, und es ist erstaunlich, dass sie im schweizerischen Arbeitsrecht bisher praktisch noch nie gestellt wurde, obwohl die Klausel in der Praxis sehr oft in den Gesamtarbeitsverträgen anzutreffen ist. Wiederholt hatte sich das Bundesgericht mit Fällen zu befassen, die auf Effektivklauseln gestützte Ansprüche zum Gegenstand hatten⁴. Es konnte jedoch kein Entscheid ausfindig gemacht werden, wo die Problematik der Effektivklausel erkannt und Ausführungen darüber gemacht wurden. Das Bundesgericht hat sich in den erwähnten Fällen stets damit begnügt, die aus der Effektivklausel abgeleiteten Forderungen zu schützen und die Missachtung der Effektivklausel als Verstoß gegen klares Recht und damit als Verletzung von Art. 4 BV zu bezeichnen.

Neulich⁵ ging das Bundesgericht sogar so weit, dass es den Vertreter eines Beschwerdeführers, der eine gesamtarbeitsvertragliche Effektivklausel missachten wollte, wegen mutwilliger Prozessführung verwarnte, nachdem es einmal mehr eine derartige Klausel geschützt und sogar deren Interpretation als Effektivgarantieklausel zugelassen hatte. Die Effektivgarantieklausel ist die strengste und daher bedenklichste Art der Effektivklausel.

3 RICHARDI a.a.O. 408.

4 Zuletzt Praxis 1976, 139ff. Vgl. auch BGE 96 I 436.

5 Unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichtes vom 11. Juli 1977 in Sachen Haeffeli gegen Berner.

sel, wie hinten zu zeigen sein wird. Auch in der schweizerischen Lehre zum Arbeitsrecht fand die Effektivklausel bislang praktisch keine Beachtung⁶.

Die kritiklose Handhabung der Effektivklausel im schweizerischen Arbeitsrecht mutet umso erstaunlicher an, als in Deutschland Judikatur und Lehre mit Akribie alle Facetten dieser Klauseln beleuchtet haben⁷, und dies seit Jahrzehnten. Reicht doch die Auseinandersetzung mit der Effektivklausel bis in die Zeit der Weimarer Republik zurück. Das deutsche Tarifvertragsrecht lässt sich aber in weiten Teilen durchaus mit dem schweizerischen Gesamtarbeitsvertragsrecht vergleichen.

Das österreichische Arbeitsrecht hat sich weniger eingehend mit der Klausel befasst, obwohl ihre Problematik in der Literatur deutlicher als in der Schweiz erkannt wurde⁸. Allerdings weichen das österreichische und schweizerische Kollektivarbeitsvertragsrecht entscheidend voneinander ab, gerade in Punkten, welche bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Effektivklausel von ausschlaggebender Bedeutung sind.

Die Frage, mit der sich die vorliegende Arbeit im folgenden auseinandersetzt, lautet: Sind die Parteien des Gesamtarbeitsvertrages befugt, mittels Effektivklauseln das Schicksal übertariflicher Zulagen zu regeln? Können Effektivklauseln in Gesamtarbeitsverträgen rechtswirksam vereinbart werden?

Im ersten Moment mag man den Eindruck erhalten, es handle sich bei der aufgeworfenen Frage um ein Detailproblem des Gesamtarbeitsvertragsrechts, dem eher theoretische und nebensächliche Bedeutung zukommt. Der Schein trügt: Bei näherer Betrachtung erweist sich das Problem als eines von ganz grundsätzlicher Tragweite. Zur Debatte stehen nämlich Funktion und Wesen des Gesamtarbeitsvertrages, der Dualismus von individuellen und kollektiven Gestaltungsmitteln im Arbeitsrecht, die Konkurrenz individueller und kollektiver Regelungszuständigkeit bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses und letztlich die Frage der Begrenztheit und Reichweite der Tarifautonomie.

Wer sich der Auseinandersetzung mit diesen Fragen entzieht und sich mit dem Grundsatz begnügt, alles, was man sich als Inhalt des Einzelar-

6 Das Problem wurde wohl erkannt, aber nicht näher untersucht. Vgl. EDWIN SCHWEINGRUBER, Entwicklungstendenzen in der Praxis des GAV (Separatabzug aus ZBJV 83, 193ff.) 25ff.; *derselbe* in einem Gutachten für das BIGA aus dem Jahre 1959, als dieses über die Allgemeinverbindlicherklärung von Teuerungszulagen auf den individuellen Löhnen zu befinden hatte, die es interessanterweise für unzulässig hielt (Zusammenfassendes Protokoll des BIGA vom 12. Juni 1959).

7 Wie THEODOR TOMANDI, Probleme der kollektivvertraglichen Ist-Lohnregelung, ZAS 1969, 41, treffend feststellt.

8 TOMANDI a.a.O. 42; FRANZ BORKOWITZ, Kollektivvertragsgesetz (3.A. Wien 1971) N 30ff. zu § 2; HANS FLORETTA in FLORETTA/STRASSER, Die kollektiven Mächte im Arbeitsleben (Wien 1963) 66f.

beitsvertrages sachlich vorstellen könne, dürfe auch im Gesamtarbeitsvertrag mit normativer Wirkung geregelt werden⁹, macht es sich zu bequem. Wohl dient dieser Grundsatz als Ausgangspunkt, und wohl obliegt es demjenigen, der in Abweichung davon die Unzulässigkeit der Regelung solcher Gegenstände durch gesamtarbeitsvertragliche Bestimmungen geltend macht, hierfür besondere Rechtsgründe nachzuweisen¹⁰. Doch kann diese These nicht für sich allein betrachtet zur Rechtfertigung jeglicher Bestimmung im Gesamtarbeitsvertrag dienen¹¹. Das deutsche Bundesarbeitsgericht hält denn auch unmissverständlich fest, die Befugnis der Tarifparteien zur normativen Regelung unterliege anderen Gesetzen als die Freiheit zur arbeitsvertraglichen Regelung¹².

Bedenklich wäre es, liesse man sich bei der Beantwortung der aufgeworfenen Frage einfach davon leiten, was sich in der gesamtarbeitsvertraglichen Praxis als opportun erwiesen hat. Läge es auch im Interesse der Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberschaft oder gar beider zusammen: Das Interesse des Individuums darf unter keinen Umständen vernachlässigt werden.

Es wird allerdings nicht nur die Frage zu untersuchen sein, ob Effektivklauseln mit normativer Wirkung vereinbart werden können. Die Effektivklausel ist auch als schuldrechtliche oder obligatorische Bestimmung denkbar.

9 EDWIN SCHWEINGRUBER bei SCHWEINGRUBER/BIGLER, Kommentar zum GAV, 57.

10 Es handelt sich dabei ja um Bestimmungen über den Inhalt des einzelnen Arbeitsverhältnisses; solche Bestimmungen sind gemäss Art. 356 Abs. 1 OR Gegenstand gesamtarbeitsvertraglicher Regelung. Vgl. auch GERHARD ETZEL, Zur Zulässigkeit tariflicher Effektivklauseln, AuR 1969, 257; EUGEN STAHLHACHE, Die Zulässigkeit der begrenzten Effektivklauseln im Tarifvertrag, DB 1969, 793.

11 KLAUS RUMPF, Zur Zulässigkeit sogenannter begrenzter Effektivklauseln in Tarifverträgen, BB 1968, 1162; STAHLHACHE a.a.O. 793 bei N 14.

12 BAG, AuR 1968, 316ff.

2. Kapitel: Begriff und Arten der Effektivklausel

Bevor man sich mit der Frage der Zulässigkeit der Effektivklausel¹ auseinandersetzen kann, muss ihr charakteristischer Inhalt ermittelt werden. Effektivklauseln kommen in mannigfaltiger Ausprägung und Wirkungsinintensität vor und sind nicht selten auslegungsbedürftig.

§ 4 Begriff der Effektivklausel

In der Terminologie des deutschen Arbeitsrechts wird die Effektivklausel nach ihrem Zweck definiert, nämlich als tarifvertragliche Bestimmung, durch die erreicht werden soll, dass eine von den Tarifvertragsparteien vereinbarte Erhöhung der Tariflöhne allen tarifgebundenen Arbeitnehmern zugute kommt, auch solchen, die bisher über Tarif entlohnt wurden. Es soll durch die Effektivklausel die Aufstockung der übertariflichen Zulagen erreicht respektive deren Aufsaugung verhindert werden, was eine effektive Verdienststeigerung aller unter den Geltungsbereich des betreffenden Tarifvertrages fallenden Arbeitnehmer gewährleistet.² Weshalb der Begriff «Effektivklausel» allein Tarifbestimmungen der eben umschriebenen Art vorbehalten sein sollte, ist eigentlich nicht einzusehen. Abgesehen davon, dass eine sich ausschliesslich mit dem Lohn befassende Klausel zutref-

1 Es ist im folgenden mit dem Begriff Effektivklausel stets die gesamtarbeitsvertragliche gemeint. Eine Klausel mit ähnlicher Wirkung könnte natürlich auch im Einzelarbeitsvertrag für das in Frage stehende konkrete Arbeitsverhältnis vereinbart werden. Gegen eine solche einzelvertragliche Klausel bestehen keinerlei Bedenken, im Gegensatz zu der hier behandelten gesamtarbeitsvertraglichen Klausel.

2 In diesem Sinne GERHARD ETZEL, Zur Zulässigkeit tariflicher Effektivklauseln, AuR 1969, 257; HEIMUT FREY, Sind Tarifklauseln zulässig, die den Bestand übertariflicher Zuschläge garantieren? RdA 1960, 292; ALF INGMAR FOERSTER, Zur Rechtswirksamkeit tariflicher Effektivklauseln, Arbeitgeber 1956, 504; ALEXANDER KARAKATSANIS, Die kollektivrechtliche Gestaltung des Arbeitsverhältnisses und ihre Grenzen (Heidelberg 1963) 119; OTTO KUNZE, Begrenzte Effektivklauseln als Arbeitsbedingungen, AuR 1969, 225f., der allerdings die reine Zweckdefinition nicht als iur. Definition anerkennen will, was unzutreffend ist; UDO KNITTER, Möglichkeiten und Grenzen der Lohnänderung durch Tarifverträge (Diss. Köln 1960) 111ff., 130; ARTHUR NIKISCH, Die sogenannte Effektivklausel bei tariflichen Lohnerhöhungen (Gutachten), BB 1956, 468; derselbe, Tarifvertragliche Effektivklauseln, BB 1961, 1205; EUGEN STAHLHACKL, Zulässigkeit und Wirkungen tariflicher Effektivklauseln, RdA 1957, 446; KLAUS FRÖSTER, Die individuelle und kollektive Gestaltung des Arbeitsverhältnisses (Diss. Freiburg CH 1965) 50; OTTFRID WOLZKE, Das Günstigkeitsprinzip (Heidelberg 1957) 60.

NIKISCH, a.a.O., BB 1956, 468, schliesst in die Definition das Erfordernis ein, dass die effektive Verdienststeigerung im vollen Umfang der Tariflohnerhöhung erfolgt, während STAHLHACKL, a.a.O., RdA 1957, 446, ausdrücklich den Fall miteinschliesst, wo die effektive Verdienststeigerung statt in voller Höhe nur in einem im Tarif genau bestimmten Umfang erfolgen soll.

fender als «Effektivlohnklausel»³ zu bezeichnen wäre, deutet die verwendete Wortkombination keineswegs nur auf eine (lohn-)steigernde Wirkung hin, sondern schliesst mit gleichem Recht auch die (lohn-)senkende ein. Einzelne Autoren zählen daher richtigerweise auch die eine Lohnsenkung anordnenden Klauseln zu den Effektivklauseln⁴.

Es sind auch Effektivklauseln denkbar, die sich nicht mit dem Lohn, sondern mit anderen übertariflichen Arbeitsbedingungen befassen. Dennoch wird sich die vorliegende Untersuchung grundsätzlich nur mit der in der Praxis zweifellos im Vordergrund stehenden Effektivlohnklausel befassen. Das Ergebnis dürfte aber weitgehend auch auf Effektivklauseln anwendbar sein, die andere Arbeitsbedingungen zum Gegenstand haben. Wenn also in den folgenden Ausführungen der Begriff Effektivklausel verwendet wird, so ist darunter stets die Effektivlohnklausel zu verstehen, es sei denn, etwas anderes werde ausdrücklich festgehalten.

Die von REHBINDER⁵ verwendete Bezeichnung «Effektivitätsklausel» ist sprachlich korrekter als «Effektivklausel», doch liegt ihr eine andere Optik zugrunde. Der Begriff Effektivitätsklausel ist das Resultat einer Betrachtungsweise, die das Charakteristische der Klausel darin sieht, dass sie der gesamtarbeitsvertraglichen Lohnerhöhung zu tatsächlicher Auswirkung verhilft, während beim Begriff Effektiv- oder Effektivlohnklausel das Objekt ins Auge gefasst wird, nämlich die von der Klausel erfasste individualvertragliche Arbeitsbedingung. Im österreichischen Arbeitsrecht trägt die Klausel den Namen «Ist-Lohnklausel»⁶, was zunächst etwas sonderbar anmutet. Stellt man sich hingegen den kollektivvertraglichen Mindestlohn folgerichtig als «Soll-Lohn» vor, so leuchtet ein, dass die österreichische Bezeichnung durchaus etwas für sich hat. Die Klausel will nichts anderes als sicherstellen, dass die Veränderung im Bereiche der «Soll-Arbeitsbedingungen» auch zu einer entsprechenden Veränderung der individuellen «Ist-Löhne» führt.

Als *Effektivklausel im weitesten Sinne* ist jede gesamtarbeitsvertragliche Klausel zu betrachten, welche die Erhöhung, Beibehaltung⁷ oder Verringerung der *übertariflichen* Effektivlöhne anordnet. Es wird dadurch die

3 So nennt auch E. SCHWEINGRUBER die Klausel im unveröffentlichten Gutachten «Die Allgemeinverbindlicherklärung von Lohnerhöhungen, insbesondere Teuerungszulagen auf den effektiven Grundlöhnen» (Januar 1959).

4 HERBERT WIEDEMANN/HERMANN STUMPF, Tarifvertragsgesetz (5.A. München 1977), Kommentar zu § 4, N 266ff., unterscheiden in diesem Sinne zwischen positiven und negativen Effektivklauseln, während UDO KNITTER, a.a.O. 126f., von den eine Lohnsenkung und den eine Lohnsteigerung bestimmenden Effektivklauseln schreibt.

5 MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht (5.A. Bern 1979) 167.

6 THEO MAYER-MALY, Österreichisches Arbeitsrecht (Wien 1970) 186f.

7 Unter dem Begriff «Beibehaltung» ist die Nicht-Verringerung und/oder Nicht-Erhö-
hung zu verstehen.

von den Einzelarbeitsvertragsparteien nach ihrem eigenen Willen getroffene Regelung des Lohnes im übertariflichen Bereich von der Klausel als Tatbestand erfasst und in ihrem Leistungsinhalt verändert oder ergänzt, sei dies auch nur insoweit, als der Gesamtarbeitsvertrag vorschreibt, wie sie auszulegen ist. Darin, dass die Klausel eigentlich gar nicht den Lohn als solchen zum Gegenstand hat, sondern die einzelarbeitsvertragliche Regelung über den Lohn, sieht Richardi⁸ ihren grundlegenden Unterschied zu tariflichen Regelungen, die durch eine Verbesserung der tariflichen Arbeitsbedingungen die Grenze⁹ in den Bereich der übertariflichen Arbeitsbedingungen hinschieben.¹⁰

Gesamtarbeitsvertragliche Klauseln der eben umschriebenen Art, welche die bei jeder Tarifloohnerhöhung auftretende Frage nach Aufstockung oder Aufsaugung¹¹ der übertariflichen Zulagen in der einen oder anderen Richtung beantworten, werden nachfolgend als *Effektivklauseln im weiteren Sinne* bezeichnet.

Der Begriff *Effektivklausel im engeren Sinne* schliesslich soll jenen Effektivklauseln im weiteren Sinne vorbehalten sein, welche die oben erwähnte, durch sie zu lösende Frage durch Anordnung der Aufstockung beantworten. Die Effektivklausel im engeren Sinne ist identisch mit der nach herkömmlicher deutscher Terminologie als Effektivklausel bezeichneten Bestimmung.¹²

Negativ abgrenzend ist darauf hinzuweisen, dass keine Effektivklauseln sind:

- a) tarifliche Klauseln, welche zwar den übertariflichen Effektivlohn erfassen, aber lediglich im Sinne einer *Bezugsgrösse*¹³ für die umfangmässige Festsetzung anderer tariflicher Ansprüche. Es ist dabei zum Beispiel an die Regelung betreffend die Ferien-, Feiertags- und Absenzenentschädigung zu denken sowie an Überzeit- und Schichtzulagen etc. Das Gesetz selbst bedient sich häufig dieser Methode.¹⁴ Hiergegen bestehen keinerlei rechtliche Bedenken.
- b) Gesamtarbeitsvertragliche Bestimmungen, die für den im Einzelarbeitsvertrag bereits gestalteten individuellen Lohn eine *Modalität*¹⁵ enthalten, ohne aber die einzelvertragliche Lohngestaltung als solche zu regeln. Als Beispiel seien tarifliche Lohnabtretungsverbote¹⁶ genannt.

8 RICHARDI, a.a.O. 408.

9 Gemeint ist das Niveau des gesamtarbeitsvertraglichen Mindestlohnes.

10 Vgl. hierzu auch die Ausführungen vorn unter § 3 vor Anm. 3.

11 Vgl. hierzu vorn § 2 bei Anm. 1.

12 Vgl. vorn bei Anm. 2 u. 3.

13 Vgl. hierzu RICHARDI, a.a.O. 408 u. 424.

14 Beispiele: Art. 321c, 324, 326, 329d, 338, 339c OR und Art. 13, 17, 19, 24 ArbG.

15 Vgl. hierzu RICHARDI, a.a.O. 408.

16 Tarifliche Lohnabtretungsverbote an sich sind nicht ganz unbedenklich. Ihre Zulässigkeit wird in Deutschland heute überwiegend bejaht und in der Schweiz offensichtlich

Gesamtarbeitsvertragliche Klauseln hingegen, die *Teuerungszulagen auf den individuellen Löhnen* oder deren Anpassung an einen Teuerungsindex vorsehen, sind als Effektivklauseln zu betrachten; Gegenstand ihrer Regelung sind die übertariflichen Effektivlöhne als solche. Derartige gesamtarbeitsvertragliche Klauseln sind erfahrungsgemäss in der Praxis häufig auslegungsbedürftig, da oft unklar ist, ob sie tatsächlich die individuellen Löhne erfassen oder lediglich den Tariflohn.

§ 5 Arten der Effektivklausel

Die verschiedenen Arten von Effektivklauseln lassen sich zunächst in drei Kategorien einteilen, je nachdem, ob sie die Aufrechterhaltung, Erhöhung, Nicht-Erhöhung oder Verringerung der übertariflichen Effektivlöhne anordnen. Die Wirkungsintensität der Klausel, d.h. die Schwere des Eingriffs in die Gestaltungsfreiheit der Einzelarbeitsvertragsparteien, soll massgebendes Kriterium für die weitere Unterteilung innerhalb dieser drei Kategorien sein.

1. Besondere Arten von Bestandsklauseln¹

Beschränkt sich eine tarifliche Bestimmung darauf, festzuhalten, dass bereits bestehende günstigere individuelle Arbeitsbedingungen durch das Inkrafttreten des neuen Gesamtarbeitsvertrages nicht berührt oder beeinträchtigt werden, so hält sie lediglich fest, was sich ohnehin zwingend² aus dem in Art. 357 Abs. 2, 2. Hs. OR gesetzlich positivierten Günstigkeitsprinzip ergibt.³ Diese als *neutrale Bestandsklausel* bezeichnete Bestimmung

lich bisher nicht in Frage gestellt. Vgl. hierzu H. WIEDEMANN/H. STUMPF, Tarifvertragsgesetz (5.A. München 1977) Einl. N 211 sowie N 159 zu § 1 TVG; RICHARDI, a.a.O. 424f.; REHBINDER, a.a.O. 166; KLAUS TRÖSTER, Die individuelle und kollektive Gestaltung des Arbeitsverhältnisses (Diss. Freiburg CH 1965) 60f.; ARTHUR NIKISCH, Arbeitsrecht II (2.A. Tübingen 1959) 295f. Gegen die Zulässigkeit: WOLFGANG SIEBERT, Kollektivnorm und Individualrecht im Arbeitsverhältnis, in: Festschrift für Nipperdey (München und Berlin 1955) S. 119, 140; A. KARAKATSANIS, Die kollektivrechtliche Gestaltung des Arbeitsverhältnisses und ihre Grenzen (Heidelberg 1963) S. 89.

1 Die Bestandsklausel wird teilweise auch Besitzstandsklausel genannt. Vgl. A. SÖLLNER, Arbeitsrecht (5.A. Stuttgart 1976) 115, und H. WIEDEMANN/H. STUMPF, Tarifvertragsgesetz (5.A. München 1977) N 265 zu § 4 TVG.

2 Siehe vorn § 2 Anm. 2.

3 Der gesetzliche Wortlaut «jedoch können abweichende Abreden zugunsten der Arbeitnehmer getroffen werden» bezieht sich zwar lediglich auf Abreden, welche nach Inkrafttreten der gesamtarbeitsvertraglichen Regelung getroffen werden, doch können bereits bestehende günstigere effektive Arbeitsbedingungen unmittelbar durch das Inkrafttreten des Gesamtarbeitsvertrages zweifellos keinen Schaden nehmen. Das Günstigkeitsprinzip ist sowohl auf vortarifliche als auch auf nachtarifliche günstigere Abreden anwendbar. Vgl. GERHARD SCHMIDT, Das Günstigkeitsprinzip im deutschen

hat heute⁴ lediglich deklaratorische Bedeutung⁵; sie ist keine Effektivklausel. Indem sie ausdrücklich die übertariflichen Arbeitsbedingungen von der gesamtarbeitsvertraglichen Regelung ausnimmt und damit bekräftigt, die Tarifparteien enthielten sich jeglichen Eingriffs in die Gestaltung des übertariflichen Bereiches, erweist sich die neutrale Bestandsklausel geradezu als Negation der Effektivklausel. Die Einzelarbeitsvertragsparteien werden jedenfalls hier in keiner Weise daran gehindert, das Schicksal der übertariflichen Effektivlöhne frei und nach eigenem Gutdünken zu bestimmen und deren Beibehaltung, Erhöhung oder Senkung zu vereinbaren. Immer vorausgesetzt, dass die tarifliche Mindestlohnhöhe nicht unterschritten wird.

Andere Arten von Bestandsklauseln schränken im Gegensatz zur neutralen die Gestaltungsfreiheit der Einzelarbeitsvertragsparteien auch im Bereiche der übertariflichen Arbeitsbedingungen ein, was sich allerdings oft erst nach Auslegung der in Frage stehenden tariflichen Bestimmung erkennen lässt. Keinen neutralen Charakter haben Bestandsklauseln, die es untersagen, bisherige übertarifliche Effektivlöhne aus bestimmtem Anlass zu kürzen, namentlich aus Anlass des Inkrafttretens des betreffenden Gesamtarbeitsvertrages oder einer Tariflohnerrhöhung. Solche Klauseln werden als *qualifizierte Bestandsklauseln*⁶ bezeichnet.

Beispiel: «Bisher bezahlte höhere Löhne dürfen bei Inkrafttreten dieses Vertrages nicht gekürzt werden.»⁷

Die *Bestandsgarantieklausel*⁸ schliesslich enthält ein tarifliches Verbot, die bestehenden übertariflichen Effektivlöhne⁹ aus irgendeinem Anlass

und schweizerischen Arbeitsrecht (Diss. Freiburg CH 1969) 47; WILFRIED WITZACK, Entwicklung und Ausbau des schweizerischen Gesamtarbeitsvertragsrechts (Diss. Göttingen 1958) 220; Gewerbegericht Bern, Mitteilungsblatt BIGA 1955, 42; ARTHUR NIKISCH, Arbeitsrecht II (2.A. Tübingen 1959) 246f. und die sehr eingehenden Ausführungen von OTTFRID WLOTZKE, Das Günstigkeitsprinzip (Heidelberg 1957) 32ff., 45.

4 Die Klausel hatte früher im deutschen Tarifrecht eine gewisse Bedeutung. Namentlich zu Zeiten der Tarifvertragsordnung von 1918 war es den Tarifparteien gestattet, günstigere einzelarbeitsvertragliche Bedingungen ausdrücklich auszuschliessen. Mit der heute als neutrale Bestandsklausel bezeichneten Bestimmung brachten die Tarifparteien damals zum Ausdruck, dass sie von der Möglichkeit, das Günstigkeitsprinzip zu verdrängen, keinen Gebrauch machen wollten. Vgl. hierzu NIKISCH, a.a.O. 419f. und 450.

Dieselbe Bedeutung könnte eine derartige Klausel im heutigen österreichischen Kollektivvertragsrecht haben, da die Kollektivvertragsparteien gemäss § 3 ArbVG ausdrücklich die Befugnis haben, das Günstigkeitsprinzip für die konkrete Regelung auszuschliessen.

5 WIEDEMANN/STUMPF, a.a.O. N 265 zu § 4 TVG.

6 Vgl. R. RICHARDI, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses (München 1968) 413.

7 Vgl. Art. 5 letzter Abs. des Kollektivarbeitsvertrages der Firma Siegfried Aktiengesellschaft, Zofingen, vom 1. Dezember 1977, und Art. 5 IV des Kollektivarbeitsvertrages 1978 der Firma Dr. A. Landolt AG, Zofingen.

8 RICHARDI, a.a.O. 413.

9 Oder übertariflichen Arbeitsbedingungen überhaupt.

während der Dauer des Gesamtarbeitsvertrages abzubauen; sie garantiert die Aufrechterhaltung und Höhe aller bisher aufgrund einzelarbeitsvertraglicher Abmachung bezahlten übertariflichen Effektivlöhne.

Beispiele: «Bei Vertragsabschluss bestehende bessere Bedingungen werden in keinem Falle gekürzt.»¹⁰

«Bisherige Löhne dürfen nicht herabgesetzt werden.»¹¹

Sowohl die qualifizierte Bestandsklausel als auch die Bestandsgarantieklausel sind Effektivklauseln im Sinne der in dieser Arbeit vertretenen Begriffsbestimmung. Sie erheben die *übertariflichen* Effektivlöhne zum Gegenstand ihrer Regelung und ordnen deren Aufrechterhaltung für einzelne Fälle oder für die Dauer des Gesamtarbeitsvertrages überhaupt an.

2. *Die Effektivklauseln im engeren Sinne*

Die Effektivklauseln im engeren Sinne ordnen die Aufstockung der übertariflichen Zulagen an und bewirken damit eine entsprechende Erhöhung der übertariflichen Effektivlöhne. In dieser Kategorie ist zu unterscheiden zwischen der Effektivgarantieklausel einerseits und den verschiedenen Arten der begrenzten Effektivklausel andererseits.

Die *Effektivgarantieklausel* begnügt sich nicht mit der blossen Aufstockung der übertariflichen Zulagen, sondern garantiert gleichzeitig die Aufrechterhaltung des um die Differenz zwischen altem und neuem Tariflohn erhöhten Effektivlohnes. Bei der Bestandsgarantieklausel ist es der *bisherige* Effektivlohn, der zum unabdingbaren individuellen Mindestlohn wird; bei der Effektivgarantieklausel geschieht dasselbe mit dem infolge Aufstockung *erhöhten* übertariflichen Effektivlohn. Damit erweist sich die Effektivgarantieklausel als die am stärksten in die individuelle Vertragsfreiheit eingreifende Effektivklausel und wird deshalb nicht zu unrecht absolute, strenge, allgemeine, stärkere oder harte Effektivklausel¹² genannt.

Mit der *begrenzten Effektivklausel*¹³ soll lediglich die Aufstockung und damit die Effektivloohnerhöhung sichergestellt werden, während das weitere Schicksal des dergestalt erhöhten übertariflichen Effektivlohnes dem Belieben der Einzelarbeitsvertragsparteien anheimgestellt bleibt. Allerdings sind hier wiederum Einschränkungen in dem Sinne möglich, dass den Parteien des Einzelarbeitsvertrages die spätere Herabsetzung des erhöhten

10 Art. 21 des Gesamtarbeitsvertrages der Firma Wander AG, Bern und Neuenegg (Juni 1978).

11 Art. 13 Abs. 3 des Gesamtarbeitsvertrages für die schweizerische Holzindustrie, vom 20. Dezember 1967.

12 Vgl. HERBERT M. DREES, Die tarifliche Effektivklausel (Diss. Köln 1972) 31.

13 Sie wird auch als relative, beschränkte, schwächere oder weiche Effektivklausel bezeichnet. Vgl. HERBERT M. DREES, a.a.O. 33.

übertariflichen Effektivlohnes in gewisser Hinsicht untersagt wird. Zu denken ist namentlich an ein allfälliges Verbot, die neuen Effektivlöhne rückwirkend auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens der Tariflohnerhöhung wieder auf das alte Niveau zu senken. Die spätere Herabsetzung des Effektivlohnes kann auch für andere Fälle ausgeschlossen oder zumindest erschwert werden.¹⁴ Die mit solchen Einschränkungen versehene begrenzte Effektivklausel wird nachfolgend als *qualifiziert begrenzte Effektivklausel*¹⁵ bezeichnet. Je stärker die Freiheit zur späteren Reduktion des Effektivlohnes beschnitten wird, desto eher nähert sich die begrenzte Effektivklausel der Effektivgarantieklausel; der Unterschied zwischen beiden Arten erweist sich zusehends als rein gradueller, was hinten näher zu untersuchen sein wird.

Eine weitere Unterteilung der begrenzten Effektivklausel in die *vertragsergänzende* und *vertragsverdrängende* begrenzte Effektivklausel¹⁶ mag für die Frage der rechtlichen Zulässigkeit der Effektivklausel von Bedeutung sein. Unterscheidungskriterium ist hier, ob die Tarifparteien der Klausel die Eigenschaft zugedacht haben, auch konkurrierende einzelvertragliche Abmachungen betreffend Aufstockung oder Aufsaugung der übertariflichen Zulagen zu derogieren. Die vertragsergänzende begrenzte Effektivklausel respektiert die einzelarbeitsvertragliche Abrede, wonach die in Frage stehende übertarifliche Zulage mit einer allfälligen späteren Tariflohnerhöhung zu verrechnen sei. Sie greift nur da ein, wo sich im Einzelarbeitsvertrag keine Antwort auf die Frage «Aufstockung oder Aufsaugung» findet. Die vertragsverdrängende begrenzte Effektivklausel hingegen beansprucht auch Geltung gegenüber abweichenden einzelvertraglichen Abreden und ordnet die Aufstockung ausnahmslos an. Voraussetzung ist allerdings auch hier, dass im Zeitpunkt der Tariflohnerhöhung überhaupt Anspruch auf eine übertarifliche Zulage besteht, was zu verneinen ist, wenn eine solche vereinbarungsgemäss nur für die Zeit bis zur nächsten Tariflohnerhöhung zu entrichten war. Die Effektivklausel greift dann ins Leere.¹⁷ Es steht den Einzel-

14 Es könnte z.B. auch die zwar nicht rückwirkende, aber aus Anlass der Tariflohnerhöhung erfolgende Lohnsenkung ausgeschlossen werden. In der Praxis liesse sich das Motiv der Lohnsenkung nur schwer nachweisen, weshalb sich die Tarifparteien veranlasst sehen könnten, die Herabsetzung nur bei nachweislichem Vorhandensein anderer Gründe zuzulassen. Aber schon das Erfordernis der Begründetheit ist eine Beschränkung der individuellen Vertragsfreiheit. Der Umstand, dass es zur Herabsetzung des Effektivlohnes natürlich der Einwilligung des betreffenden Arbeitnehmers bedarf, macht leider das Erfordernis der Begründetheit nicht entbehrlich.

15 RICHARDI, a.a.O. 415, verwendet den Begriff qualifizierte begrenzte Effektivklausel lediglich im Zusammenhang mit einem tariflichen Verbot der rückwirkenden Verschlechterung aus Anlass des Tarifvertrages.

16 Vgl. H. WIEDMANN/H. STUMPE, a.a.O. N 268f. zu § 4 TVG; H.M. DREES, a.a.O. 63ff., der zwischen vertragsergänzender und vertragsaufhebender begrenzter Effektivklausel unterscheidet.

17 In einem vom deutschen BAG mit Urteil v. 14.2.1968 entschiedenen Fall hielt eine Vorinstanz dafür, dass der Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Tarifvertrages mit dem Ausserkrafttreten des bisherigen Tarifvertrages identisch sei, weshalb die Effek-

arbeitsvertragsparteien frei, die übertarifliche Zulage der Wirkung einer künftigen Effektivklausel auf diese Weise zu entziehen.¹⁸

Nachfolgend ein paar typische Beispiele von Effektivklauseln im engeren Sinne:

- a) «Die vertraglichen und effektiv ausbezahlten Stundenlöhne werden per 1. Februar 1975 unter allen Titeln um 70 Rappen erhöht. Die Monatslöhne werden entsprechend angepasst.»¹⁹
- b) «Die effektiven Löhne (...) werden um 39 Franken pro Monat erhöht.»²⁰
- c) «Mit Wirkung ab 1. Januar 1975 werden den (...) im Stundenlohn beschäftigten Arbeitnehmern (...) die Löhne für alle drei Lohnklassen individuell und vertraglich um 70 Rappen pro Stunde erhöht. (...) Ist die Arbeitsleistung ungenügend, kann durch schriftliche Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine reduzierte Lohnerhöhung festgelegt werden.»²¹

tivklausel eine solchermaßen befristete übertarifliche Zulage dennoch erfasse. Vgl. OTTO KUNZE, Begrenzte Effektivklauseln als Arbeitsbedingungen, AuR 1969, 228. Diese Konstruktion ist nicht nur spitzfindig, sondern auch unrichtig. Alter und neuer Tarifvertrag schliessen wohl lückenlos aneinander (Übergangsfrist = 0), was aber nichts daran ändert, dass die Dauer des alten endet, bevor der neue in Kraft tritt. Die beiden Verträge sind «bündig», überschneiden sich aber nicht. Wenn sie sich nicht überschneiden, dann besteht folgerichtig auch zu keinem Zeitpunkt während der Dauer des neuen Tarifvertrages ein Anspruch auf die befristete übertarifliche Zulage.

- 18 Zum gleichen Ergebnis gelangt A. HUECK, Zulässigkeit und Wirkung einer tariflichen Effektivklausel, BB 1954, 779. O. KUNZE, a.a.O. 228, verlangt, dass der Arbeitgeber für diese Befristung einleuchtende sachliche Gründe haben müsse, andernfalls sie unbeachtlich sei. Wenn mit der Befristung nur die Wirkung der erwarteten Effektivklausel umgangen werden solle, müssten die Arbeitnehmer so gestellt werden, als ob ein einzelvertraglicher Anspruch auf die übertarifliche Verfügung auch noch bei Inkrafttreten des neuen Tariflohnes bestanden hätte. Dieser Auffassung kann nicht beigepllichtet werden. Die Befristung gerade im Hinblick auf die Wirkungen einer allfälligen Effektivklausel ist nicht rechtsmissbräuchlich; sie entbehrt auch nicht einleuchtender sachlicher Gründe. Man muss sich stets vor Augen halten, dass *übertarifliche* Löhne in Frage stehen, also individuelle, das gesamtarbeitsvertragliche Mindestmass übersteigende Leistungen. Den übertariflichen Effektivlohn muss man gesamthaft betrachten; er wird im Einzelarbeitsvertrag gemeinsam festgelegt, als Äquivalent für die vom Arbeitnehmer zu erbringende Leistung. Man kann es dem Arbeitgeber nicht verwehren, wenn er sich durch die Befristung davor zu bewahren versucht, dass der so festgelegte übertarifliche Lohn später ohne sein Zutun auch in diesem übertariflichen Bereich weiter erhöht wird. Die von Kunze befürwortete Einschränkung der individuellen Vertragsfreiheit entbehrt der Rechtsgrundlage.

Ähnliche Überlegungen wie KUNZE stellt das Schweizerische Bundesgericht in BGE 101 I a 463 an, indem es ohne nähere Begründung beiläufig ausführt: «Würde man dem Arbeitgeber gestatten, den Grundlohn zu kürzen, bevor er die im GAV vorgesehene Lohnerhöhung gewährt, so würde man ihn zu einem Vorgehen ermächtigen, das praktisch auf eine Gesetzesumgehung hinausläufe.» Das Bundesgericht selbst relativiert diese Erwägung im späteren Entscheid Pr 67 (1978) Nr. 209. Diese Auffassung hält einer näheren Prüfung denn auch nicht stand.

- 19 Ziff. 2 der Ergänzenden Vereinbarung vom 1. Februar 1975 zum Rahmenvertrag für das Maler- und Gipsergewerbe vom 1. Januar 1973.

- 20 Art. 7.2.2. des Rahmenvertrages für das Maler- und Gipsergewerbe vom 1.1.77.

- 21 Art. 1 der Lohnvereinbarung 1975 zum Landesmantelvertrag für das engere Baugewerbe (LMV). Ähnlich auch Art. 1f. des Anhangs Nr. 8 zum Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe vom 13.12.1976/27.6.1977.

- d) «Jeder Arbeitnehmer hat Anspruch auf eine Erhöhung seines Lohnes um 45 Rappen pro Stunde.»²²
- e) «Die Anpassung (der Löhne an die veränderten Kosten der Lebenshaltung) erfolgt individuell unter Zugrundelegung der prozentualen Änderung des Indexes.»²³
- f) «Die effektiven Löhne der Arbeitnehmer werden ab 1. April 1978 um 1% erhöht.»²⁴
- g) «Realloohnerhöhungen
Jedem Arbeitnehmer wird der im vorangehenden Monat Dezember bezogene Lohn, nach erfolgtem Teuerungsausgleich, wie folgt erhöht:
– per 1.1.1978 Fr. 25.–
– per 1.1.1979 Fr. 20.–
– per 1.1.1980 Fr. 20.–»²⁵
- h) «Zusätzliche Vereinbarung betreffend Effektivlohn. Mit Vertragsbeginn erhält jeder Arbeitnehmer eine Reallohn-Verbesserung von Fr. 50.– pro Monat. Darüber hinaus ist die Einhaltung der Mindestlohn-Ansätze zu beobachten.»²⁶

Diese für die schweizerische Vertragspraxis typischen Beispiele zeigen deutlich, wie man sich hierzulande in auffällig undifferenzierter Weise der Klausel bedient. Das ist nicht weiter verwunderlich, da die Problematik der Effektivklausel im Schweizer Recht bis anhin kaum manifest wurde und für die Tarifparteien deshalb auch kein Anlass bestand, bei der Formulierung der Klausel darauf Rücksicht zu nehmen.²⁷ Allein anhand des Wortlautes lässt sich denn auch keines dieser Beispiele mit Sicherheit der einen oder anderen Unterart der Effektivklausel im engeren Sinne zuordnen; sie bedürfen klar der Auslegung, weil sie sich allesamt lediglich mit der Erhöhung des Effektivlohnes befassen, nicht aber mit dessen nachträglichem Schicksal. Nicht ersichtlich ist, ob es den Parteien des Einzelarbeitsvertrages unbenommen bleibt, den dergestalt erhöhten Effektivlohn nachträglich wie-

22 Art. 10 Abs. 1 des Gesamtarbeitsvertrages für das Schreinerergewerbe, vom 10.3.1977.
 23 Art. 9 Abs. 2 Kollektiv-Arbeitsvertrag der Firma Siegfried Aktiengesellschaft, Zofingen, vom 1.12.1977.
 24 Art. 5 II. Kollektiv-Arbeitsvertrag der Firma Dr. A. Landolt AG, Zofingen, vom 6.3.1978.
 25 Art. 4.3. Kollektiv-Arbeitsvertrag der Schweizerischen Sodafabrik Zurzach, vom 1.1.1978.
 26 Art. 63 Gesamtarbeitsvertrag SBV STB für gelernte Arbeitnehmer im schweizerischen Buchdruckgewerbe (Typographen), Übergangsvertrag 1972.
 27 Anders in Deutschland, wo sich Lehre und Praxis seit Jahrzehnten mit der Effektivklausel auseinandergesetzt haben. In deutschen Tarifverträgen aus der Zeit vor 1968 – mit Urteil vom 14.2.1968 hat, wie hinten näher auszuführen sein wird, das BAG (AP Nr. 7 zu § 4 TVG) auch die begrenzten Effektivklauseln für unzulässig erklärt, nachdem es diese im Gegensatz zur Effektivgarantieklausel während Jahren für zulässig hielt – sind zahlreiche differenzierter ausgestaltete Effektivklauseln zu finden. Vgl. die Beispiele bei H.M. DRIES, a.a.O. 33ff. und UDO KNITTER, Möglichkeiten und Grenzen der Lohnänderung durch Tarifverträge (Diss. Köln 1960) 111ff.

der herabzusetzen, soweit und solange dieser den Tariflohn übersteigt. Es ist unklar, ob sie ihre Dispositionsbefugnis über den übertariflichen Effektivlohn insofern einbüssen, als sie dessen Herabsetzung nicht mehr gültig vereinbaren können.

Mit drei unter diesen Beispielen figurierenden Effektivklauseln hatte sich das Bundesgericht zu befassen, nämlich mit den Beispielen a)²⁸ und c)²⁹ sowie einer mit d)³⁰ praktisch gleichlautenden Klausel. In allen drei Fällen führt das Bundesgericht übereinstimmend aus, Wortlaut und Sinn der Klausel seien klar. Aus den näheren Umständen der diesen Entscheiden zugrundeliegenden Fälle kann gefolgert werden, dass das Bundesgericht offensichtlich diese eine generelle Lohnerhöhung anordnenden Klauseln im Sinne von Effektivgarantieklauseln versteht. Unverständlicherweise streitet man sich in diesen Fällen darüber, ob solchen Klauseln normative Wirkung zukommt, was müssig ist – die Effektivklausel kann ohne Zweifel als normative Bestimmung vereinbart werden, ist aber auch als schuldrechtliche Klausel denkbar –, und übersieht dabei geflissentlich deren Problematik. Konsequenz hiervon ist auch, dass sich der für das Bundesgericht «klare Sinn» der Klausel nur mittelbar erkennen lässt. Im Fall Haefeli³¹ ergibt sich jedoch aus dem Sachverhalt und den vom Bundesgericht ausdrücklich gutgeheissenen Ausführungen der Vorinstanz³², dass die in Frage stehende Klausel als Effektivgarantieklausel verstanden wird. Dort wurde nämlich der zuvor gemäss GAV erhöhte Effektivlohn nachträglich im Einverständnis mit den Arbeitnehmern wieder reduziert, was das Gericht für unzulässig hielt, mit der Begründung, die effektiv ausbezahlten Löhne seien zu individuellen Minimallöhnen geworden, auf welche der einzelne Arbeitnehmer nicht mehr habe verzichten können.³³

Bei den Beispielen b), c) und d) handelt es sich um allgemeinverbindlich erklärte Effektivklauseln.³⁴ Einem unveröffentlichten Protokoll des BIGA aus dem Jahre 1959³⁵ ist zu entnehmen, dass man sich damals ernst-

28 Unveröffentlichtes Urteil vom 11. Juli 1977 i.S. Haefeli.

29 Praxis 65 (1976) Nr. 61, S. 139ff. = BGE 101 I a 466ff.

30 BGE 96 I 433ff.

31 Vgl. vorn N 28.

32 Beschluss des Obergerichtes des Kantons Zürich, vom 28. März 1977.

33 In Praxis 67 Nr. 209 hält das Bundesgericht fest, im Fall BGE 96 I 433 (siehe vorn N 30) habe eine Fixierung des bisher bezogenen Grundlohnes vorgelegen. Auch dies ein Indiz dafür, dass das Bundesgericht die Klausel im Sinne einer Effektivgarantieklausel versteht. In diesem Entscheid verwendet das Bundesgericht übrigens erstmals den Begriff «Effektivklausel» unter Hinweis auf die Frage ihrer Zulässigkeit, welche es offenlässt.

34 Beispiel b): BBl 1978, 153

Beispiel c): BBl 1978, 758

Beispiel d): BBl 1978, 23.

35 «Zusammenfassendes Protokoll über die Besprechung vom 15. Mai 1959, 10 Uhr, in Bern, betreffend das Gutachten von Herrn Prof. E. Schweingruber über die Allgemeinverbindlicherklärung von Teuerungszulagen auf den individuellen Löhnen.»

haft mit der Frage der Allgemeinverbindlicherklärung von Effektivlohnerhöhungen auseinandergesetzt hat. Die damaligen Skrupel – laut Protokoll hielt man die rechtliche Zulässigkeit tariflich vereinbarter individueller Lohnerhöhungen überhaupt für fraglich – scheint man heute überwunden zu haben.³⁶

3. *Die negativen Effektivklauseln*

Als negative Effektivklausel wäre zunächst jede gesamtarbeitsvertragliche Klausel zu verstehen, welche eine Senkung des Effektivlohnes oder ein Verbot zu dessen Erhöhung anordnete, was zum Beispiel im Zusammenhang mit einer Tariflohnsenkung denkbar wäre.

Im Vordergrund stehen hier aber die üblicherweise als *Anrechnungs-* oder *Verrechnungsklauseln*³⁷ bezeichneten Bestimmungen. Sie ordnen für den Fall einer Tariflohnerhöhung die Aufsaugung der übertariflichen Zulagen an und stellen damit das Gegenstück zu den Effektivklauseln im engeren Sinne dar, welche deren Aufstockung zum Ziele haben. Die Tariflohnerhöhung soll sich mit anderen Worten nur dort effektiv auswirken, wo der neue Tariflohn den bisherigen Effektivlohn übersteigt. Eine Klausel jedoch, die lediglich festhält, es stehe den Einzelarbeitsvertragsparteien frei, die Tariflohnerhöhung mit bisherigen übertariflichen Zulagen zu verrechnen, ist keine Effektivklausel; sie stellt nur fest, dass keine Effektivklausel im engeren Sinne vereinbart wurde, ist aber in ihrer Wirkung neutral. Nur die qualifizierte An- oder Verrechnungsklausel, welche die Aufstockung der übertariflichen Zulagen verbietet respektive ihre Aufsaugung gebietet, zählt zu den (negativen) Effektivklauseln. Je nach Wirkungsintensität und näherer Ausgestaltung liessen sich zumindest theoretisch auch weitere Differenzierungen innerhalb der An- und Verrechnungsklauseln vornehmen, spiegelbildlich zu den (positiven) Effektivklauseln im engeren Sinne.

Da die rechtliche Unzulässigkeit der negativen Effektivklausel, wie immer sie ausgestaltet sein mag, klar auf der Hand liegt – stets bedeutet sie einen Verstoß gegen das zwingend³⁸ ausgestaltete Günstigkeitsprinzip, welches in Art. 357 Abs. 2 OR gesetzlich positiviert ist –, erübrigt sich die weitere Unterteilung der negativen Effektivklausel. Durch eine negative Effektivklausel werden die Parteien des Einzelarbeitsvertrages begriffsnotwendig daran gehindert, den Effektivlohn zu erhöhen, sei dies für die gesamte

36 Vgl. den Entscheid des Bundesrates vom 16. Dezember 1977 betreffend den GAV für das Maler- und Gipsergewerbe des Kantons Solothurn, publiziert in: ARV 1979, S. 129.

37 Vgl. M. REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht (S.A. Bern 1979) 167, und H. WIEDEMANN/H. STUMPF, a.a.O. N 271 zu § 4 TVG.

38 Vgl. zur zwingenden Wirkung des Günstigkeitsprinzips vorn § 2 Anm. 2.

Dauer des Gesamtarbeitsvertrages, bloss vorübergehend oder nur hinsichtlich eines bestimmten Erhöhungsanlasses.

Das deutsche Bundesarbeitsgericht hat denn auch die Anrechnungsklausel für unwirksam erklärt, weil sie nicht Mindest-, sondern Höchstlöhne setze.³⁹ Was für die An- und Verrechnungsklausel gilt, ist erst recht auf die übrigen Unterarten der negativen Effektivklausel anwendbar. Besonders krass und deutlich manifestiert sich der Verstoß gegen das Günstigkeitsprinzip bei lohnsenkenden Effektivklauseln.

WIEDEMANN/STUMPF⁴⁰ halten eine negative tarifliche Auslegungsregel für zulässig. Sie respektiere den Parteiwillen und das Günstigkeitsprinzip soweit wie möglich und ersetze die Parteiabsprache nur dort, wo an die Stelle der Auslegung die Fiktion trete. Abgesehen davon, dass hier eigentlich gar keine Regel der Auslegung zur Debatte steht, sondern eine Regel, wie zu entscheiden ist, falls sich auch auf dem Wege der Auslegung keine Antwort auf die Frage der Aufstockung oder Aufsaugung der übertariflichen Zulage ergibt, wäre eine solche Klausel entbehrlich, da ihr lediglich deklaratorische Bedeutung zukäme. Übertarifliche Zulagen werden im Zweifel angerechnet.⁴¹ Mangelt es aber definitiv an einer entsprechenden einzelarbeitsvertraglichen Regelung, so besteht auch kein Aufstockungsanspruch, weshalb es keiner tariflichen Bestimmung bedarf, die für diesen Fall die Anrechnung vorsieht.

4. *Teileffektivklauseln und Mischformen*

Für die rechtliche Beurteilung unmassgeblich, aber dennoch zu erwähnen sind Teileffektivklauseln, welche nur eine teilweise Aufstockung⁴² oder Anrechnung übertariflicher Lohnbestandteile vorsehen und die Anrechnung respektive Aufstockung des verbleibenden Teils den Einzelarbeitsvertragsparteien freistellen. Dasselbe müsste für allfällige kombinierte Klauseln gelten, die nicht nur die Aufstockung des einen Teils der übertariflichen Zulage anordneten, sondern gleichzeitig auch die Anrechnung des Rests.

39 AP Nr. 8 zu § 4 TVG Effektivklauseln (= RdA 1971, 383).
Gleicher Ansicht neben vielen M. REHBINDER, a.a.O. 167. Der Begriff «Höchstlöhne» muss in diesem Zusammenhang allerdings insoweit präzisiert werden, als nicht jede denkbare Unterart der Anrechnungsklausel jegliche Erhöhung des Effektivlohnes ausschliesst. Für den bestimmten Sachverhalt (Erhöhung aus Anlass oder als Reflex der Tariflohnerhöhung) und den in Frage stehenden Zeitpunkt oder die betreffende Zeitspanne gilt aber dennoch, dass eine Abweichung nach oben, d.h. zu Gunsten des Arbeitnehmers, ausgeschlossen ist.

40 H. WIEDEMANN/H. STUMPF, a.a.O. N 271 zu § 4 TVG.

41 Vgl. vorn § 2 bei Anm. 10.

42 Beispiel bei UDO KNITTER, a.a.O. 128f.

3. Kapitel: Die Frage der Zulässigkeit tariflicher Effektivklauseln

Die nachfolgende Untersuchung der Frage der Zulässigkeit der Effektivklausel beschränkt sich zunächst auf die wirksamste und strengste Art der Klausel, nämlich auf die Effektivgarantieklausel. Ist die Frage für sie zu bejahen, liegt auch die Zulässigkeit der übrigen Arten der Effektivklausel auf der Hand und braucht nicht mehr näher geprüft zu werden. Ist sie zu verneinen, bedarf es der Abklärung, inwieweit der Unterschied zwischen der Effektivgarantieklausel einerseits und den übrigen Arten der Effektivklausel andererseits eine rechtlich verschiedene Behandlung der letzteren rechtfertigt. Es ist dann die Untersuchung auf sämtliche Unterarten der Klausel auszudehnen.

A. Effektivgarantieklauseln

Gegen die Zulässigkeit der Effektivgarantieklausel kann eine ganze Anzahl rechtlicher Bedenken ins Feld geführt werden. Diese sollen im folgenden der Reihe nach unter dem Gesichtspunkt des schweizerischen Rechts auf ihre Tauglichkeit oder Untauglichkeit zur Entscheidung der anstehenden Frage untersucht werden. Im deutschen Arbeitsrecht stösst die Effektivgarantieklausel heute, das sei hier vorweggenommen, auf nahezu einhellige Ablehnung in Rechtsprechung und Schrifttum.¹

¹ G.-A. BUTTA, Das Prinzip der Sozialadäquanz im Arbeitsrecht, RdA 1962, 13; HERBERT M. DREES, Die tarifliche Effektivklausel (Diss. Köln 1972) 59ff.; GERHARD EITZ, Zur Zulässigkeit tariflicher Effektivklauseln, AuR 1969, 263; HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch des Arbeitsrechts II 1 (7.A. Berlin und Frankfurt 1967) 603; ALEXANDER KARAKATSANIS, Die kollektivrechtliche Gestaltung des Arbeitsverhältnisses und ihre Grenzen (Heidelberg 1963) 121; UDO KNITZER, Möglichkeiten und Grenzen der Lohnänderung durch Tarifverträge (Diss. Köln 1960) 187f.; ARTHUR NIKISCH, Arbeitsrecht II (2.A. Tübingen 1959) 452f.; REINHARD RICHARDI, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses (München 1968) 416; ALFRED SÖLLNER, Arbeitsrecht (5.A. Stuttgart 1976) 114; EUGEN STAHLHACKE, Zulässigkeit und Wirkungen tariflicher Effektivklauseln, RdA 1957, 451; *derselbe*, Die Beeinflussung der Effektivlöhne durch Tarifverträge, RdA 1962, 223f.; OTTO-HERBERT STRENG, Tarifvertrag und Einzelarbeitsverhältnis (Diss. Erlangen-Nürnberg 1963) 120; WILHELM STUMPF, Tarifvertragsgesetz (5.A. München 1977) N 266 zu § 4 TVG; OTFRIED WITOTZKI, Das Günstigkeitsprinzip (Heidelberg 1957) 64ff. und BAG, AP Nr. 2 zu § 4 TVG Effektivklausel; – a.A.: HANS REHBAHN, Tariflöhne und Effektivklauseln, AuR 1956, 295.

§ 6 **Effektivgarantieklausel und Schriftformgebot des Gesamtarbeitsvertrages**

Die Effektivgarantieklausel verleiht dem einzelnen unter den Geltungsbereich des Gesamtarbeitsvertrages fallenden Arbeitnehmer Anspruch auf einen Lohn, welcher der Höhe nach mindestens der Summe aus bisherigem Effektivlohn und tariflicher Lohnerhöhung entspricht. Es entsteht folglich eine Vielzahl durch Gesamtarbeitsvertrag garantierter individueller Mindestlöhne. Betragsmässig sind diese individuellen Tariflöhne nicht dem Text des Gesamtarbeitsvertrages zu entnehmen, weshalb zu prüfen ist, ob die Effektivgarantieklausel etwa schon am Schriftformgebot des Art. 356c Abs. 1 OR scheitern muss.²

Man ist geneigt, es sich bei der Beantwortung dieser Frage leicht zu machen. Diesen Eindruck gewinnt zumindest, wer sich die recht pauschalen Argumente vor Augen führt, welche von Befürwortern und Gegnern der Effektivklausel ins Feld geführt werden. Während sich die einen³ kurzerhand damit begnügen, einen Verstoss gegen das Schriftformgebot einfach deshalb zu bejahen, weil der Tariflohn nicht betragsmässig dem Text des Tarifvertrages zu entnehmen ist, halten andere⁴ nicht minder apodiktisch fest, das Schriftformgebot sei erfüllt, weil die Effektivklausel selbst schriftlich und dem ganzen Wortlaute nach im Text des Tarifvertrages figuriere.

Das Argument der mangelnden Schriftform mag in der Tat etwas farblos erscheinen, wie TOMANDL⁵ meint, dennoch muss es ernsthaft geprüft werden. Das Schriftformerfordernis hat gerade beim Gesamtarbeitsvertrag seine besondere Rechtfertigung und Bedeutung.

1. *Bedeutung und Hauptfunktion des Schriftformgebotes beim Gesamtarbeitsvertrag*

In der Gestalt normativer Bestimmungen können⁶ im Gesamtarbeitsvertrag Regelungen enthalten sein, die, Gesetzen gleich, unmittelbar

2 Bereits im Jahre 1947 wurde die Frage aufgeworfen von E. SCHWEINGRUBER, Entwicklungstendenzen in der Praxis des Gesamtarbeitsvertrages, ZBJV 83 (1947) S. 215f.

3 Zum Beispiel HUECK/NIPPERDEY, a.a.O. 598 (Anm. 56a) und S. 603 sowie das BAG, AP Nr. 2 und 7 zu § 4 TVG Effektivklausel.

4 Zum Beispiel OTTO KUNZE, Begrenzte Effektivklauseln als Arbeitsbedingungen, AuR 1969. 232.

5 THEODOR TOMANDL, Probleme der kollektivvertraglichen Ist-Lohnregelung, ZAS 1969, 47.

6 Ein GAV braucht nicht notwendigerweise normative Bestimmungen zu enthalten.

und zwingend für Rechtssubjekte Geltung haben, welche mit den Vertragsparteien nicht identisch sind. Staatliche Gesetze bedürfen der Publikation, um für die ihnen Unterworfenen Geltung zu erlangen. Die Adressaten der normativen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrags befinden sich in vergleichbarer Lage wie die Adressaten staatlicher Gesetze; sie müssen das Bestehen und den Inhalt der für sie im Gesamtarbeitsvertrag gesetzten Rechtsnormen zumindest in gesicherter und bestimmter Form vorfinden können. Das setzt voraus, dass der Gesamtarbeitsvertrag verkündet ist, also in Schriftform vorliegt.

KNITTER⁷ führt diesen Gedankengang weiter und stellt das Schriftformgebot in den grösseren Rahmen eines *Grundsatzes der Tarifklarheit*, der gewährleisten soll, dass alle Arbeitnehmer ihre Rechte und Pflichten aus dem Tarifvertrag ohne weiteres ablesen können. Ein Grundsatz, der sicherlich seine Berechtigung hat, aber in dieser absoluten und abstrakten Ausgestaltung niemals justiziabel sein kann⁸. Er ist im Bereiche der gesetzgeberischen Leitgedanken zu lokalisieren. Gerichtlich nachprüfbar ist er grundsätzlich nur in seinen gesetzlich positivierten Teilaspekten, zu denen das Schriftformgebot sicherlich zu zählen ist.⁹

Die *Kundmachungsfunktion*¹⁰ erscheint klar als Hauptzweck des Schriftformerfordernisses beim Gesamtarbeitsvertrag.¹¹ Die Rechtssicherheit nach aussen steht hier im Vordergrund, während etwa der Schutz der Vertragsschliessenden und somit die Warnfunktion der Schriftform eine eher untergeordnete Rolle spielen. Darf doch unterstellt werden, die Parteien des Gesamtarbeitsvertrages bedürften regelmässig keines besonderen Schutzes vor übereilten Vertragsabschlüssen.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass dem hinter der Kundmachungsfunktion stehenden Gedanken mit dem Beachten der Schriftform allein natürlich nicht Genüge getan wird. Vielmehr bedarf es an-

7 KNITTER, a.a.O. 179.

8 Er liegt im Interesse der Vertragsparteien, der Beteiligten und sogar unbeteiligter Dritter. Seine Verwirklichung ist weitestgehend anzustreben, doch wird er niemals ganz realisierbar sein. Bekanntlich sind auch staatliche Gesetze für den Normaladressaten kaum mehr verständlich und klar; sie könnten einem entsprechenden Grundsatz wohl regelmässig nicht standhalten.

9 Für die Schweiz wäre allenfalls abzuleiten – in Analogie zu den Gesetzen und Verordnungen etc. des Bundes, welche in drei Amtssprachen erlassen werden –, dass Gesamtarbeitsverträge jeweils in all jenen Sprachen vorliegen müssen, welche in seinem räumlichen Geltungsbereich (offiziell) gesprochen werden. So wie übrigens bei der Allgemeinverbindlicherklärung die Veröffentlichung in den massgebenden Landessprachen erfolgen muss (Art. 14 BG über die Allgemeinverbindlicherklärung von GAV).

10 MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht (5.A. Bern 1979) 156.

11 WIEDMANN/STUMPI, a.a.O. N 98 zu § 1 TVG, sprechen von *Klarstellungsfunktion*. Beim Tarifvertrag diene die Schriftform allein dem Interesse beider Parteien und der Normadressaten sowie Dritter an der Klarstellung und Feststellbarkeit seines Inhalts.

schliessend noch gerade dieser angestrebten Kundmachung an die unter den Geltungsbereich des betreffenden Gesamtarbeitsvertrages fallenden Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Erforderlich ist ein mit der amtlichen Publikation von staatlichen Erlassen vergleichbarer Akt, dem allerdings nach geltendem Recht beim Gesamtarbeitsvertrag nicht konstitutive Wirkung¹² zukommen kann. Die Aushändigung eines Vertragsexemplares an die jeweiligen Vertragsparteien kann nicht genügen, wenn neben subjektivem auch objektives Recht in Gestalt normativer Bestimmungen geschaffen wird. Aus diesem Grunde sieht denn auch § 8 des deutschen Tarifvertragsgesetzes zwingend die Auslage der Tarifverträge im Betrieb vor. Eine ähnliche gesetzliche Bestimmung fehlt in der Schweiz, wäre aber de lege ferenda zu begrüßen. Ähnliche Bekanntmachungspflichten existieren bereits im Arbeitsschutzrecht.¹³

2. *Umfang des Formzwangs beim Gesamtarbeitsvertrag*

Die für den Gesamtarbeitsvertrag massgebliche Formvorschrift, Art. 356 c Abs. 1 OR, enthält dem Wortlaute nach keine nähere Bestimmung des Umfangs des Formzwangs; sie beschränkt sich darauf, im Sinne einer Gültigkeitsvoraussetzung für Abschluss, Änderung, Aufhebung und Kündigung des Gesamtarbeitsvertrages sowie für den Beitritt und Anschluss die Beachtung der Schriftform zu gebieten.

In der Rechtsprechung zu den gesetzlichen Formvorschriften hat sich für solche Fälle namentlich am Beispiel der Grundstücksveräusserungsverträge der Grundsatz entwickelt, der gesamte Einzelvertrag mit seinen sämtlichen objektiven Typmerkmalen (*essentialia negotii*) und darüber hinaus mit seinem für die Parteien subjektiv wesentlichen Inhalt sei formbedürftig.¹⁴ Als (objektiv und subjektiv) unwesentliche Punkte, die folglich formfrei sind, gelten solche, deren Regelung für keine Partei in erkennbarer

12 Ebenso in Deutschland. Vgl. WIEDEMANN/STUMPF, a.a.O. N 1 zu § 8 TVG. In Österreich hingegen bedarf das Wirksamwerden des normativen Teils des Kollektivvertrages unter anderem der Kundmachung durch das Einigungsamt Wien. Sie hat für die Normwirkung konstitutive Wirkung (§ 14 Abs. 4 Arbeitsverfassungsgesetz). Inhalt der Kundmachungspflicht ist allerdings nur die Tatsache des Kollektivvertragsabschlusses, nicht seines Inhalts. Vgl. RUDOLF STRASSER, Arbeitsrecht II, Kollektives Arbeitsrecht (Wien 1976) 58f. Die Situation in Österreich ist allerdings insofern eine andere, als sich die Rechtswirkungen des normativen Teils der Kollektivverträge laut § 12 Abs. 1 Arbeitsverfassungsgesetz auch auf die Aussenseiter erstrecken (ähnlich dem allgemeinverbindlichen GAV in der Schweiz).

13 So sind zum Beispiel laut Art. 47 ArbG Arbeitszeitbewilligungen in den Betrieben durch Anschlag bekanntzugeben. Ferner bedarf die Betriebsordnung gemäss Art. 39 Abs. 2 ArbG der Bekanntgabe im Betrieb, um überhaupt Verbindlichkeit für die Arbeitnehmer zu erlangen.

14 W. SCHÖNENBERGER/P. JÄGGI, Zürcher Kommentar V/1a (3.A. Zürich 1973) N 28 zu Art. 11 OR. Vgl. auch BGE 95 II 310.

Weise «conditio sine qua non» des Vertragsschlusses darstellt.¹⁵ Wenn in diesem Zusammenhang der Begriff «Einzelvertrag» verwendet wird, so erfolgt dies nicht zum Zwecke der Abgrenzung zum Kollektivvertrag. Die allgemeinen Bestimmungen des OR über die Form der Verträge¹⁶ differenzieren in keiner Weise zwischen Individual- und Kollektivverträgen. Es drängt sich somit auch keine grundsätzlich verschiedene Behandlung der beiden Vertragsarten auf, was den Umfang des Formzwangs anbelangt. Dennoch stellt sich die Frage, ob die Übertragung der von Rechtsprechung und Lehre bei den Individualverträgen entwickelten Regeln auf den Gesamtarbeitsvertrag angezeigt ist.

Bei Fragen betreffend die Formbedürftigkeit von Rechtsgeschäften ist stets von der einschlägigen Formvorschrift auszugehen. Ihre Auslegung hat in einer Weise zu erfolgen, welche dem dahinterstehenden Formzweck weitestmöglich gerecht wird.¹⁷ Hauptfunktion der Schriftform des Gesamtarbeitsvertrags ist die der Rechtssicherheit nach aussen dienende Ermöglichung der Kundmachung. Die unter den Geltungsbereich des Gesamtarbeitsvertrages fallenden Arbeitnehmer und Arbeitgeber sollen – namentlich als Adressaten der unmittelbar und zwingend wirkenden normativen Bestimmungen – Kenntnis und Klarheit über ihre Rechte und Pflichten erlangen können. Voraussetzung hierfür ist, dass der gesamte Inhalt des Vertrages in schriftlicher, zur präzisen Weiterverbreitung geeigneter Form vorliegt. Der ganze Erklärungsinhalt muss verkündet sein.¹⁸ Für formfrei regelbare Nebenpunkte darf beim Gesamtarbeitsvertrag insoweit kein Raum bestehen, als die Rechte und Pflichten der beteiligten einzelnen Arbeitnehmer und Arbeitgeber geregelt werden. Dabei ist eine generelle Einschränkung auf die normativen Bestimmungen nicht zu befürworten, da Einwirkungen auf die Rechtspositionen der Beteiligten auch von indirekt-schuldrechtlichen und schuldrechtlichen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages ausgehen kön-

15 SCHÖNENBERGER/JÄGGI, a.a.O. N 38 zu Art. 2 OR.

Das Gesetz selber erklärt in Art. 12 OR ergänzende Nebenbestimmungen, die nachträglich vereinbart werden, als formfrei. VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts I (3.A. Zürich 1979) 243, befürworten zu Recht die analoge Anwendung des Art. 12 OR auf Nebenabreden, die bei Errichtung des formbedürftigen Geschäfts schon bestanden, aber innerhalb der Form nicht zum Ausdruck gekommen sind; a.M. allerdings SCHÖNENBERGER/JÄGGI, a.a.O. N 5 zu Art. 12 OR.

16 Entgegen dem Wortlaut – nur von «Verträgen» ist die Rede – finden Art. 11ff. OR auch auf die übrigen Arten von Rechtsgeschäften Anwendung. Vgl. SCHÖNENBERGER/JÄGGI, a.a.O. N 17 zu Art. 11 OR.

17 Vgl. allgemein zur Bedeutung des Formzwecks bei Auslegungsfragen: SCHÖNENBERGER/JÄGGI, a.a.O. N 24, 13 u 76 zu Art. 11 OR.

18 Allerdings ist es nicht erforderlich, dass der totale Sinngehalt der Erklärung verkündet ist. Selbstverständlich ist auch die Auslegung formbedürftiger Verträge zulässig. Vgl. dazu VON TUHR/PETER, a.a.O. 288f. BRUNO VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (Zürich 1964) 144, führt zutreffend aus: «Die Formvorschriften schreiben perfekte Wahrung der Form vor, aber nicht perfekte Deckung der Willenskommunikation durch die Form.»

nen. Was mit normativer Wirkung geregelt werden kann, kommt auch als Gegenstand schuldrechtlicher Bestimmungen in Frage und lässt sich gegebenenfalls indirekt über den Weg der Einwirkung von Verbänden erzwingen. Bei den indirekt-schuldrechtlichen (besser: halbnormativen) Bestimmungen liegen Einwirkungen auf die Rechtspositionen von Beteiligten erst recht auf der Hand. Sie sind geeignet, die Beteiligten ebenso empfindlich zu treffen, wie die normativen Bestimmungen, zumindest dann, wenn den Parteien des Gesamtarbeitsvertrages ein gemeinsamer Anspruch auf Einhaltung des Vertrages im Sinne von Art. 357b Abs. 1 OR zusteht.¹⁹ Halbnormative und schuldrechtliche Bestimmungen der oben umschriebenen Art bedürfen somit der Schriftform nicht minder dringlich als die normativen. Was in diesem Sinne als direkte oder indirekte Regelung der Rechte und Pflichten beteiligter Arbeitnehmer und Arbeitgeber zu betrachten ist, kann nicht gültig formfrei von den Parteien des Gesamtarbeitsvertrages vereinbart werden. Solche Punkte brauchen weder essentialia negotii noch für die Parteien subjektiv wesentlich zu sein. Zu diesem Ergebnis führt eine dem Formzweck gerecht werdende Auslegung von Art. 356c Abs. 1 OR. Insoweit erweist sich der Umfang des Formzwangs durch die einschlägige Formvorschrift als näher bestimmt und ist die Anwendung der von der Rechtsprechung im Bereiche der Individualverträge entwickelten subsidiären Regel, dass objektiv und subjektiv unwesentliche Nebenpunkte formfrei sind, nicht indiziert. Eine Übertragung dieser Regel auf den Gesamtarbeitsvertrag dürfte ohnehin nur mutatis mutandis erfolgen. Soweit Bestimmungen mit den erwähnten Auswirkungen auf die mit den Vertragsparteien nicht identischen Beteiligten in Frage stünden, würden sich die beiden Kriterien «objektiv wesentlich» und «subjektiv wesentlich» als zu eng erweisen. Ein drittes Element müsste hinzukommen, welches auch den Interessen der Beteiligten gerecht würde.

Im Hinblick auf die Beantwortung der Frage, ob bei der Effektivklausel ein Verstoss gegen das Schriftformgebot vorliegt, ist zu folgern, dass Bestimmungen über den Tariflohn zweifellos und in jedem Falle der Schriftform bedürfen. Dasselbe gilt sicherlich für die Effektivklausel als solche.

3. *Der Effektivlohn als Berechnungsbasis des individuellen Tariflohnes*

Mit der Feststellung, dass Bestimmungen über den Tariflohn und auch die Effektivklausel selbst in jedem Falle der Schriftform bedürfen, ist noch nichts über die gebotene inhaltliche Ausführlichkeit solcher Regelungen

19 Dabei ist allerdings zu beachten, dass nicht jede halbnormative Bestimmung der gemeinsamen Durchführung zugänglich ist. Art. 357b Abs. 1 lit. b und c OR umfassen nur einen Teil der mit solchen Bestimmungen regelbaren Gegenstände.

gen gesagt. Gerade hier liegt aber bei der Effektivgarantieklausel das Problem, weil unterstellt werden darf, dass sie selbst in ihrem ganzen Inhalt dem Text des Gesamtarbeitsvertrags entnommen werden kann. Der Betrag des durch die Klausel garantierten individuellen Tariflohnes ist indessen nicht dem Gesamtarbeitsvertrag selbst zu entnehmen; er kann nicht allein aus dem Text des Gesamtarbeitsvertrages ermittelt werden. Lediglich der Wille der Tarifparteien, die Effektivlöhne in bestimmtem Umfange zu erhöhen und anschliessend als individuelle Mindestlöhne zu garantieren, bildet den verkündeten Erklärungsinhalt. Der Betrag des solchermassen vereinbarten individuellen Tariflohnes kann nur anhand des vielleicht formlos im Einzelarbeitsverhältnis vereinbarten und im massgeblichen Zeitpunkt geltenden Effektivlohnes errechnet werden. Die als Berechnungsbasis dienende Zahl ist nicht im Text des Gesamtarbeitsvertrages vorzufinden.

Es stellt sich die Frage, ob die Bezugnahme oder der Verweis auf den Effektivlohn als Berechnungsbasis des individuellen Tariflohnes unter dem Gesichtspunkt des Schriftformgebotes zulässig ist. Unbestritten ist, dass ein Gesamtarbeitsvertrag zum Beispiel bei der Regelung über Absenzenvergütung, Ferienlohn, Überstunden- und Schichtzulagen usw. auf den Effektivlohn Bezug nehmen kann, ohne gegen das Schriftformgebot zu verstossen. Auch in diesen Fällen ist die betragsmässige Konkretisierung des tariflichen Anspruchs nur mittels ausserhalb des Gesamtarbeitsvertrages liegender Quellen möglich. Auch dort verweist der Gesamtarbeitsvertrag auf den Effektivlohn, der keineswegs in schriftlicher Form vorzuliegen braucht. Das Gesetz selbst bedient sich sogar dieser Methode.²⁰ Zwar besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen solchen Bestimmungen und Effektivklauseln, da, wie vorn ausgeführt,²¹ bei der Effektivklausel nicht nur diese Bezugnahme auf den Effektivlohn vorliegt, sondern die einzelvertragliche Absprache über den Lohn zum Tatbestand der tariflichen Bestimmung wird, doch steht das Schriftformgebot diesem Unterschied indifferent gegenüber. Unter dem Gesichtspunkt der Form kann nur der Umstand relevant sein, dass sich der Betrag des betreffenden tariflichen Anspruchs nicht allein aus im verkündeten Text des Gesamtarbeitsvertrages enthaltenen Elementen errechnen lässt. Was mit dem, worauf verwiesen wird, materiell geschehen soll, braucht die Formvorschrift nicht weiter zu kümmern, solange die entsprechende Anordnung selbst, wie dies für die Effektivgarantieklausel zutrifft, der Form gerecht wird. Der Verweis auf eine ausserurkundliche Tatsache ist hier das entscheidende Kriterium. Gerade darin stimmen die erwähnten Klauseln mit der Effektivklausel überein, weshalb sie im hier zur Diskussion stehenden Zusammenhang gleich behandelt werden müssen.

20 Vgl. vorn § 4 Anm. 14.

21 Vgl. vorn § 4 bei Anm. 13.

Die Feststellung, dass Bestimmungen über den Tariflohn sicherlich stets vom Formzwang erfasst werden, steht der Zulässigkeit einer in perfekter Schriftform erfolgenden Bezugnahme auf ausserurkundliche Tatsachen nicht entgegen. Der Geschäftswille der Vertragsparteien wird durch die betreffende Klausel vollumfänglich widergegeben. Der verurkundete Erklärungsinhalt deckt sich mit dem tatsächlichen. Es existieren darüber hinaus keinerlei formlose Nebenabsprachen der Vertragsparteien. Die Konkretisierung des betreffenden tariflichen Anspruchs lässt sich ohne weiteren Konsens der Vertragsparteien mühelos bewerkstelligen. Alles, was die Parteien des Gesamtarbeitsvertrages wollen, steht fest und ist aus der Urkunde zu ermitteln. Auf den zahlenmässig konkreten Betrag des erhöhten und garantierten Effektivlohnes jedes einzelnen beteiligten Arbeitnehmers kommt es ihnen nicht an; ihre Abrede beschränkt sich auf die Festlegung des Erhöhungsfaktors oder -betrages und der abstrakten Berechnungsgrundlage. All das ist aus dem Gesamtarbeitsvertrag selbst eruierbar.

An Bezugnahmen und Verweisungen auf ausserurkundliche Tatsachen müssen indessen gewisse Bedingungen gestellt werden, andernfalls das Schriftformgebot in extremen Fällen völlig ausgehöhlt werden könnte. Die quantitativen und qualitativen Voraussetzungen solcher Verweisungen lassen sich aus Sinn und Zweck der massgeblichen Formvorschrift näher bestimmen. Eine erste Voraussetzung ist sicherlich die, dass die Verweisungsnorm selbst eindeutig sein muss. Es muss klar sein, auf was verwiesen wird, damit der betreffende tarifliche Anspruch in genügender Weise bestimmbar ist. Sodann wird regelmässig vorausgesetzt werden müssen, dass ausserurkundliche Regelungen, auf die verwiesen wird,²² ihrerseits in einem Schriftstück festgehalten sind, andernfalls Unklarheiten über deren Inhalt entstehen könnten. Die betreffenden Schriftstücke selbst brauchen hingegen nicht die Erfordernisse der gesetzlichen Schriftform zu erfüllen; insbesondere müssen sie nicht von den Vertragsparteien unterzeichnet sein.²³ Beim Gesamtarbeitsvertrag muss jedoch vorausgesetzt werden, dass die betreffenden Schriftstücke den Beteiligten ohne unzumutbare Anstrengungen zugänglich sind, andernfalls sie dem Gesamtarbeitsvertrag anhangsweise beizufügen wären.²⁴ Die Verweisung oder Bezugnahme braucht sich nicht notwendiger-

22 Zum Beispiel Pensionskassenreglemente, Wahlreglemente der Betriebskommission, Bestimmungen anderer Gesamtarbeitsverträge etc.

23 Wenn in einem Grundstücksveräußerungsvertrag etwa betreffend Garantiebestimmungen auf einschlägige SIA-Normen verwiesen wird, was häufig zutrifft, dann ist Gegenstand der öffentlichen Beurkundung auch nur die Verweisungsnorm selbst. Daran nimmt niemand Anstoss.

24 A. NIKISCH, Arbeitsrecht II (2.A. Tübingen 1959) 282f., hält es *im allgemeinen* für erforderlich, dass solche Schriftstücke der Haupturkunde beigelegt werden. Ein allgemeiner Verzicht auf die Beifügung der in Bezug genommenen Schriftstücke könne aber leicht zu Unklarheiten und Irrtümern führen. Vgl. dagegen WIEDEMANN/STUMPF, a.a.O. N 103 zu § 1 TVG: «Dem Schriftformerfordernis ist genügt, wenn der Tarifver-

weise nur auf Detailpunkte zu beschränken, doch dürften die daran zu knüpfenden Anforderungen umso höher sein, je wichtiger der verwiesene Punkt erscheint. Ob und welche zusätzlichen Anstrengungen zur Kenntniserlangung den Beteiligten zuzumuten sind, hängt sicherlich davon ab, ob ein für sie wesentlicher oder verhältnismässig unwesentlicher Punkt in Frage steht.

Die Frage der Zulässigkeit von Verweisungen ist allerdings nicht immer und ausschliesslich eine solche des Schriftformerfordernisses. Nach überwiegender Ansicht im deutschen Arbeitsrecht stellt ein Verweis auf die *jeweils gültigen* Bestimmungen eines anderen Tarifvertrages oder eines Gesetzes sowohl einen Verstoss gegen das Schriftformgebot als auch eine unzulässige Delegation der Normsetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien dar, weil diese ihre Normen selbst setzen müssten.²⁵ Nach WIEDEMANN / STUMPF²⁶ hat dies aber dann nichts mit dem Schriftformgebot zu tun, wenn sich jederzeit zweifellos feststellen lässt, auf welche Regelung verwiesen sein soll. Ferner würden sich die Tarifvertragsparteien auch nicht ihrer eigenen Rechtsetzungsbefugnis begeben, weil es ihnen freistehe, die Verweisungsbestimmung jederzeit aufzuheben.

Diese wenigen generellen Überlegungen zum Problem der Verweisungen im Gesamtarbeitsvertrag zeigen, dass die Frage ihrer Zulässigkeit und Grenzen von Fall zu Fall zu prüfen ist, was nachfolgend am Beispiel der Effektivgarantieklausel getan wird.

Die Tatsache, dass bei der Effektivklausel auf etwas Bezug genommen wird, das niemandem besser bekannt ist, als den Normadressaten selbst, derentwillen die einschlägige Formvorschrift in erster Linie besteht, kennzeichnet den hier zu beurteilenden Sachverhalt. Es besteht kein Zweifel, worauf verwiesen wird, nämlich auf die im massgeblichen Zeitpunkt geltenden Effektivlöhne. Auch wenn diese mitunter lediglich auf mündlicher oder gar stillschweigender Vereinbarung beruhen, ist den an einen Verweis zu stellenden Anforderungen Genüge getan. Diejenigen aus der Sicht des konkreten Formzwecks sind geradezu in idealer Weise erfüllt.

Es wäre nicht angängig, die bei der Effektivgarantieklausel gegebene Situation nach den vom Bundesgericht für den Kaufpreis bei Grundstückveräußerungsverträgen entwickelten Regeln zu beurteilen. Jener muss betragsmässig und korrekt öffentlich beurkundet oder zumindest aus in der

trag auf andere – tarifliche oder gesetzliche – Regelungen Bezug nimmt und für die beteiligten Vertragsparteien wie die betroffenen Personen über den Vertragsinhalt kein Zweifel auftauchen kann.» Von einem allgemeinen Erfordernis der Beifügung ist bei ihnen nicht die Rede.

25 WIEDEMANN / STUMPF, a.a.O. N 104 zu § 1 TVG.

26 Ebd.

Urkunde selbst enthaltenen Faktoren ohne Beizug anderer Beweismittel bestimmbar sein,²⁷ andernfalls der betreffende Kaufvertrag formungültig ist. Daraus darf nicht abgeleitet werden, auch der Tariflohn müsse demnach stets aus dem Gesamtarbeitsvertrag selbst betragsmässig eruierbar sein. Anders als beim Kaufpreis im Grundstückkaufvertrag handelt es sich beim Tariflohn im Gesamtarbeitsvertrag keineswegs um ein Essentiale: Es bedarf nicht etwa zwingend in jedem Gesamtarbeitsvertrag einer Bestimmung über den Tariflohn, geschweige denn der betragsmässigen Festsetzung eines Tariflohnes. Fest steht nur, dass eine solche Bestimmung, wenn und so wie sie die Vertragsparteien vereinbaren, im Gesamtarbeitsvertrag verkündet werden muss.

4. *Ergebnis*

Die Effektivgarantieklausel erfüllt die Erfordernisse des Schriftformgebotes.²⁸

§ 7 Die Effektivgarantieklausel als Eingriff in den übertariflichen Bereich

Zahlreiche Autoren¹ halten die Effektivgarantieklausel deshalb für unzulässig, weil sie in den durch das Günstigkeitsprinzip allein der einzelvertraglichen Regelungsbefugnis vorbehaltenen übertariflichen Bereich eingreife. Dieser Ansicht folgt auch das deutsche Bundesarbeitsgericht, wenn es ausführt: «In ihrer unmittelbaren und zwingenden Wirkung würde die tarifliche Effektivgarantieklausel ferner einen Eingriff in den Bereich darstel-

27 Vgl. statt vieler BGE 84 IV 164.

28 Ebenso: GERHARD ETZEL, Zur Zulässigkeit tariflicher Effektivklauseln, AuR 1969, 258f.; THEODOR TOMANDL, a.a.O. 47; – a.A.: HUECK/NIPPERDEY, a.a.O. 598 N 56a und S. 603 sowie BAG, AP Nr. 2 und Nr. 7 zu § 4 TVG. Effektivklausel.

1 OTTO ARREGGER, Die normativen Bestimmungen des GAV und ihr Verhältnis zum Einzelarbeitsvertrag (Diss. Bern 1973) 73; DIETZ, in: Freiheit und Bindung im kollektiven Arbeitsrecht (Berlin 1957) 21; A. HUECK/H.C. NIPPERDEY, Lehrbuch des Arbeitsrechts II/1 (7.A. Berlin/Frankfurt 1967) 603 N 72; UDO KNITTER, Möglichkeiten und Grenzen der Lohnänderung durch Tarifverträge (Diss. Köln 1960) 166ff.; A. NIKSCH, Tarifvertragliche Effektivklauseln, BB 1961, 1205; MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht (5.A. Bern 1979) 167; WALRAM SCHICHEL, Die Grenzen kollektivrechtlicher Regelungen von Arbeitsentgelten (Diss. Münster 1961) 58f.; GERHARD SCHMIDT, Das Günstigkeitsprinzip im deutschen und schweizerischen Recht (Diss. Freiburg CH 1969) 59; KLAUS TRÖSTER, Die individuelle und kollektive Gestaltung des Arbeitsverhältnisses (Diss. Freiburg CH 1965) 55. – Abweichend: OTTO-HERBERT STRENG, Tarifvertrag und Einzelarbeitsverhältnis (Diss. Erlangen 1963) 114, und GERHARD ETZEL, Zur Zulässigkeit tariflicher Effektivklauseln, AuR 1969, 261f.

len, der nicht nur nach dem Günstigkeitsprinzip nicht durch Setzung von Höchstnormen nach oben begrenzt werden darf, sondern überhaupt der individuellen einzelvertraglichen Gestaltung vorbehalten ist.»² SCHICHEL³ sieht im zwingenden Günstigkeitsgrundsatz des § 4 Abs. 3 TVG sogar das wesentlichste Argument gegen die Zulässigkeit der Effektivgarantieklausel. Noch weiter geht man in Österreich, wo heute offensichtlich die Meinung herrscht, das Günstigkeitsprinzip sei das einzig mögliche Argument gegen die Zulässigkeit der Effektivklausel, entledigt man sich doch dort des Problems der Effektivklausel mit dem schlichten Hinweis darauf, dem Günstigkeitsprinzip komme von Gesetzes wegen ohnehin nur dispositiver Charakter zu.⁴ Das ist erstaunlich. Man müsste eigentlich annehmen, dem Problem der Grenzen der kollektiven Gestaltungsmacht begegne man umso achtsamer, je empfindlicher die Freiheit der Einzelvereinbarung eingeschränkt werden kann. In Österreich ist dabei nicht nur an die Abdingbarkeit des Günstigkeitsprinzips zu denken, sondern besonders auch an die Aussenseiterwirkung.⁵

1. Das Günstigkeitsprinzip als Vorbehalt zugunsten der Vertragsfreiheit im übertariflichen Bereich

Kraft gesetzlicher Ermächtigung (Art. 356 Abs. 2 OR) können die Parteien des Gesamtarbeitsvertrages unmittelbar und zwingend geltende Bestimmungen für die tarifgebundenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber setzen. Zur objektiven Voraussetzung, dass es sich dabei um Bestimmungen über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse handeln muss, kommt eine subjektive hinzu, nämlich der Wille der Tarifparteien, diese Bestimmungen mit normativer Wirkung auszustatten. Dieses voluntative Moment, der Vorsatz der Tarifparteien, einzelarbeitsvertragliche Regelungen zu derogieren, wird allerdings gesetzlich vermutet. Es bedarf einer ausdrücklich das Gegenteil bestimmenden gesamtarbeitsvertraglichen Abrede (Öffnungsklausel), falls einer solchen Bestimmung keine unabdingbare Wirkung zukommen soll.⁶ Es steht somit im Belieben der Tarifparteien, ob sie die Freiheit der Einzelvereinbarung durch das Setzen normativer Be-

² BAG, AuR 1968, 318.

³ WALRAM SCHICHEL, a.a.O. 58.

⁴ RUDOLF STRASSER in: FLORETTA, SPILLBÜCHER, STRASSER, Arbeitsrecht II, Kollektives Arbeitsrecht (Wien 1976) 72, und KART DIRSCHMIED, Neuregelung des kollektiven Arbeitsrechts in Österreich, AuR 1976, 108f., der § 3 Arbeitsverfassungsgesetz in Verbindung mit dem Ordnungsprinzip als eine klare Rechtsgrundlage für die Istlohnpolitik der Gewerkschaften betrachtet.

⁵ Laut § 12 Abs. 1 Arbeitsverfassungsgesetz erstrecken sich die Rechtswirkungen des normativen Teils auch auf die Aussenseiter.

⁶ Art. 357 Abs. 1 OR letzter Teilsatz.

stimmungen beschneiden wollen. Die vom Gesamtarbeitsvertrag nicht erfassten Arbeitsbedingungen bleiben der einzelvertraglichen Regelung überlassen. Das ist aber ausschliesslich Folge davon, dass sich die Parteien des Gesamtarbeitsvertrages einer weitergehenden kollektiven Regelung enthalten. Eines gesetzlichen Vorbehaltes zugunsten der Vertragsfreiheit bedarf es hierzu nicht. Am Anfang steht nämlich die Regelungsbefugnis der Einzelvertragsparteien, weshalb es die Parteien des Gesamtarbeitsvertrags sind, die einer gesetzlichen Ermächtigung bedürfen, die individuelle Vertragsfreiheit durch das Setzen normativer Bestimmungen zu beschneiden. Durch Verleihung der Tariffähigkeit hat ihnen denn auch das Gesetz diese Ermächtigung erteilt.

Der oben dargestellte, durch den Gesamtarbeitsvertrag nicht mit unabdingbarer Wirkung normierte Bereich, der der einzelvertraglichen Gestaltungsbefugnis verbleibt, ist unzweifelhaft nichts Eigenständiges, das man dem Vorrang der kollektiven Gestaltungsmacht entgegenhalten könnte, sondern etwas Verbleibendes, ein Rest. Es leuchtet ein, dass dieser in seinem Ausmass vom Willen der Tarifparteien abhängige Rest nun nicht seinerseits der Kollektivmacht, in deren «Gnaden» er schliesslich steht, eine Schranke setzen kann. Es steht den Parteien des Gesamtarbeitsvertrages jederzeit frei, auch den bisher nicht normierten Bereich der Arbeitsbedingungen durch das Setzen weiterer Mindestarbeitsbedingungen abzudecken.

Einen eigentlichen Vorbehalt zugunsten der Vertragsfreiheit und somit eine Schranke der Kollektivmacht stellt indessen das Günstigkeitsprinzip dar. Es ist im letzten Teilsatz von Art. 357 Abs. 2 OR gesetzlich positiviert, und zwar mit zwingender Wirkung.⁷ Die normativen Bestimmungen sind deshalb stets Mindestarbeitsbedingungen⁸, niemals aber Höchstarbeitsbedingungen. Die ihnen gesetzlich verliehene Unabdingbarkeit erweist sich als einseitige Unabdingbarkeit, nicht aber als Ausschliesslichkeit. Abweichende Abreden zugunsten der Arbeitnehmer können stets getroffen werden. Im Bereiche über den gesamtarbeitsvertraglichen Mindestbedingungen, d.h. im übertariflichen Raum, herrscht somit Vertragsfreiheit. Bei einer Kollision gesamtarbeitsvertraglicher Bestimmungen mit günstigeren einzelarbeitsvertraglichen Abreden haben letztere den Vorrang. Nach geltendem Recht hat der Kollektivgedanke dem Begünstigungsgedanken zu weichen. Soweit nicht andere Grenzen der kollektiven Regelungsbefugnis überschritten werden, hat andererseits die individuelle Gestaltung der Arbeitsbedingungen den Primat des Kollektivgedankens zu respektieren.

⁷ Vgl. vorn § 2, N 2.

⁸ Mindestbedingungen brauchen sich allerdings nicht etwa am Existenzminimum zu orientieren. Der Zweck des GAV beschränkt sich längst nicht mehr darauf, solche Mindestbedingungen zu garantieren, sondern strebt heute vielmehr eine eigentliche Verteilungsgerechtigkeit an.

Stehen gleichgünstige einzel- und gesamtarbeitsvertragliche Abreden in Konkurrenz – in welchem Falle das Günstigkeitsprinzip als Rangkolisionsregel versagt – geht der Gesamtarbeitsvertrag vor. Eine Abweichung von den normativen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages ist nach dem unmissverständlichen Wortlaut des Gesetzes nur dann zulässig, wenn die einzelvertragliche Abrede zugunsten des Arbeitnehmers getroffen wird, also günstiger ist.

Nichts vermag indessen die Parteien des Gesamtarbeitsvertrages daran zu hindern, die tariflichen Grenzen durch Vereinbarung höherer Mindestbedingungen in den übertariflichen Raum hineinzuschieben. Der bisherige übertarifliche Raum ist keineswegs vor dem kollektiven Zugriff gefeit; seine untere Grenze kann von den Tarifpartnern jederzeit verändert werden. Es ist nicht die Vertragsfreiheit im übertariflichen Raum, welche den tariflichen Arbeitsbedingungen eine obere Grenze setzt, sondern umgekehrt: Es ist der Gesamtarbeitsvertrag, welcher die untere Grenze des übertariflichen Raumes festlegt. Somit stellt sich der übertarifliche Raum zwar, wie RICHARDI⁹ zutreffend ausführt, lediglich als Reflexwirkung aus der durch den Begünstigungsgedanken beschränkten Kollektivmacht dar, doch vermag das nichts daran zu ändern, dass in diesem Bereich, wie immer seine untere Grenze verläuft, uneingeschränkt die Vertragsfreiheit bestehen bleibt.

Durch das Setzen normativer Bestimmungen vermögen die Parteien des Gesamtarbeitsvertrages die individuelle Vertragsfreiheit einzuschränken; das steht ausser Zweifel. Die tarifgebundenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber werden ausser Stande gesetzt, in rechtsgültiger Weise individuelle Arbeitsbedingungen zu verabreden, welche günstigeren oder gleichgünstigeren tariflichen Arbeitsbedingungen widersprechen. An der Gültigkeit günstigerer einzelvertraglicher Abreden vermag der Gesamtarbeitsvertrag hingegen keinerlei Abbruch zu tun. Die Vertragsfreiheit bleibt in diesem Bereich dank dem Vorbehalt des Günstigkeitsprinzips uneingeschränkt erhalten. Es steht folglich im alleinigen Belieben der Parteien des Einzelarbeitsvertrags, günstigere Arbeitsbedingungen zu begründen, beizubehalten, abzuändern und wieder aufzuheben. Vom Standpunkte des Gesamtarbeitsvertrages aus werden die entsprechenden Leistungen freiwillig gewährt. Die Tarifpartner haben in diesem übertariflichen Bereich die freie Dispositionsbefugnis der einzelnen Arbeitnehmer und Arbeitgeber stets zu respektieren.

2. *Der Meinungsstreit um die Existenz eines «tariffreien Raumes»*

Nach einer in Deutschland entwickelten und stark vertretenen Lehrmeinung stellt der übertarifliche Bereich eine absolute Sperre der kollektiven Gestaltungsbefugnis dar, mit der Konsequenz, dass sich die Tarifparteien jeglicher Regelung übertariflicher Arbeitsbedingungen zu enthalten haben, auch dann, wenn davon abweichende günstigere Einzelvereinbarungen möglich sind. Dieser Auffassung sind namentlich: DIETZ¹⁰, HESSEL¹¹, KARAKATSANIS¹², KNITTER¹³, NIKISCH¹⁴, WLOTZKE¹⁵ und SCHICHTEL¹⁶. Sie betrachten den übertariflichen Raum als einen *tariffreien oder kollektivfreien Raum*. Die übertariflichen Arbeitsbedingungen stünden in der ausschliesslichen Gestaltungsmacht der Einzelvertragsparteien. Der Gesamtarbeitsvertrag habe sie in absoluter Weise zu respektieren, solange sie nicht von den allgemeinen tariflichen Mindestbedingungen eingeholt würden.

Begründet wird diese Auffassung nicht nur mit dem Günstigkeitsprinzip, sondern auch mit dem Leistungs- und Subsidiaritätsprinzip sowie mit dem von KARAKATSANIS¹⁷ als Kollektivprinzip bezeichneten Grundsatz, dass Gegenstand kollektivrechtlicher Gestaltung nur kollektive Situationen¹⁸ sein können, während Individualfälle der individualrechtlichen Regelung vorbehalten bleiben.¹⁹ DIETZ²⁰ fordert, dass der Tarifvertrag im

10 DIETZ, a.a.O. 21.

11 PHILIPP HESSEL, Anmerkungen zu einem Urteil des BAG v. 1.3.1956, AuR 1956, 157.

12 ALEXANDER KARAKATSANIS, Die kollektivrechtliche Gestaltung des Arbeitsverhältnisses und ihre Grenzen (Heidelberg 1963) 116 u. 120f.

13 KNITTER, a.a.O. 166ff.

14 NIKISCH, a.a.O. BB 1961, 1205; *derselbe*, Arbeitsrecht II (2.A. Tübingen 1959) 455.

15 OTFRIED WLOTZKE, Das Günstigkeitsprinzip (Heidelberg 1957) 62f.

16 SCHICHTEL, a.a.O. 58f.

Vgl. auch A. HUECK/H.C. NIPPERDEY, Lehrbuch des Arbeitsrechts II/1 (7.A. Berlin und Frankfurt a.M. 1970) 603 Anm. 72; OTTO ARREGGER, a.a.O. 36ff., 41ff. u. 73; THEO MAYER-MALY, Österreichisches Arbeitsrecht (Wien 1970) 183ff.; GERHARD SCHMIDT, a.a.O. 9ff. u. 59f.; KLAUS TRÖSTER, a.a.O. 54f.; WILFRIED WITZACK, Entwicklung und Ausbau des schweizerischen Gesamtarbeitsvertragsrechts (Diss. Göttingen 1958) 214.

17 KARAKATSANIS, a.a.O. 34f. u. 117.

18 Eine kollektive Situation beruht seines Erachtens (S. 35ff.) auf mehreren zusammengefassten Einzelfällen, welche durch diese Zusammenfassung ihre Individualität verlieren. Die kollektive Situation zeichnet sich also nicht durch ein rein quantitatives Kriterium aus. Es ist auch möglich, dass eine Kollektivsituation in diesem Sinne vorliegt, wenn konkret nur ein einzelner Arbeitnehmer betroffen ist. Umgekehrt kann auch eine Individualsituation vorliegen, wenn eine Mehrheit von nebeneinander stehenden Einzelfällen gegeben ist, welche aber ihre Individualität behalten. Das Kollektiv verdanke seine Entstehung dem den einzelnen Gemeinsamen, das sie unter Verlust ihrer Individualität miteinander verbinde.

19 Vgl. auch FRANZ-JÜRGEN SÄCKER, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht (Berlin 1972) 269f.; NIKISCH, Arbeitsrecht II, 291f.

20 DIETZ, a.a.O. 13.

Raum oberhalb der tariflichen Mindestbedingungen nicht nur keine Grenzen setzen soll, sondern dass dort überhaupt eine individuelle Gestaltung Platz greifen soll und keine Regelung, keine Schematisierung, keine Generalisierung.

Den Gegnern dieser Lehre vom tariffreien Raum²¹ ist insofern zuzustimmen, als sie geltendmachen, der übertarifliche Bereich sei keineswegs dem Zugriff der Tarifpartner in absoluter Weise verschlossen. Es wird denn auch von niemandem bestritten, dass es im Belieben der Parteien des Gesamtarbeitsvertrages steht, die tariflichen Arbeitsbedingungen anzuheben und damit in den bisherigen übertariflichen Bereich vorzudringen. Es trifft ferner zu, dass eine tarifliche Regelung im Bereiche der übertariflichen Arbeitsbedingungen nicht notwendigerweise davon abweichende günstigere einzelvertragliche Regelungen ausschliesst. STAHLHACHE²² ist zuzustimmen, wenn er folgert, wer die absolute Abschirmung des übertariflichen Raumes im Sinne einer Schranke jedweder Einflussnahme der Tarifvertragsparteien auf den übertariflichen Raum gutheisse, müsse sich aber darüber klar sein, dass damit auch die Rechtsgültigkeit zahlreicher anderer Tarifnormen in Frage gestellt werde. Dabei ist namentlich an die vorn²³ erwähnten Klauseln zu denken, welche zwar den übertariflichen Effektivlohn erfassen, aber lediglich im Sinne einer Bezugsgrösse für die umfangmässige Konkretisierung anderer tariflicher Ansprüche. Ein vergleichbarer Tatbestand liegt dann vor, wenn gesamtarbeitsvertragliche Bestimmungen Modalitäten für bereits gestaltete Arbeitsbedingungen regeln²⁴. Es wäre wenig sinnvoll, die Tarifpartner daran zu hindern, die Arbeitsbedingungen auf solche Weise zu regeln. Es wird niemand ernsthaft daran Anstoss nehmen, wenn während der im Gesamtarbeitsvertrag geregelten Dauer der Lohnzahlungspflicht bei Absenzen infolge von Krankheit und Unfall nicht nur der Tariflohn, sondern der Effektivlohn zu entrichten ist. Dies umso mehr, als der Gesetzgeber selbst in vergleichbaren Fällen stets auf den Effektivlohn abstellt. Es stünde ihm ohnehin keine andere Bezugsgrösse zur Verfügung.

Steht somit fest, dass der übertarifliche Raum keinen vor jedem Zugriff des Gesamtarbeitsvertrages *absolut* abgeschirmten Raum darstellt,

21 GERHARD EITZEL, Zur Zulässigkeit tariflicher Effektivklauseln, AuR 1969, 261f.; REINHARD RICHARDI, Die begrenzte Effektivklausel im Tarifvertrag, DB 1969, 1990, *derselbe*, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses (München 1968) 406ff.; KLAUS RUMPF, Zur Zulässigkeit sogenannter begrenzter Effektivklauseln in Tarifverträgen, BB 1968, 1165, und EUGEN STAHLHACHE, Die Zulässigkeit der begrenzten Effektivklausel im Tarifvertrag, DB 1969, 795; *derselbe*, Die Beeinflussung der Effektivlöhne durch Tarifverträge, RdA 1962, 226ff.; OTTO-HERBERT STRING, Tarifvertrag und Einzelarbeitsverhältnis (Diss. Erlangen-Nürnberg 1963) 114f.; WIEDEMANN/STUMPF, a.a.O. N 215 zu § 4 TVG.

22 STAHLHACHE, a.a.O. RdA 1962, 227f.

23 § 4 bei N 13ff.

24 Vgl. vorn § 4 bei N 15.

kann die Effektivgarantieklausel nicht schon deshalb unzulässig sein, weil sie sich als Eingriff in den bisherigen übertariflichen Raum erweist. Wer den Tarifpartnern den «tariffreien Raum» entgegenhalten will, kämpft zum vorneherein mit untauglichen Waffen. Das will allerdings nicht heissen, das Recht stehe auf der Gegenseite.

Der Streit um die Existenz eines tariffreien Raumes hat wenig Früchte gebracht; er hat viel eher von der eigentlichen Problematik abgelenkt. Die Tatsache, dass es diesen absoluten tariffreien Raum nicht gibt, rechtfertigt jedoch keineswegs die Folgerung, es stehe den Tarifpartnern daher frei, Regelungen im übertariflichen Bereich zu treffen, wie und wann immer sie wollen, wenn nur davon abweichende einzelvertragliche Abreden zu Gunsten des Arbeitnehmers möglich bleiben. Wenn nicht jeder kollektive Eingriff in den übertariflichen Raum unzulässig ist, so bedeutet das noch lange nicht, dass umgekehrt jeder Eingriff zulässig ist. Die Effektivgarantieklausel könnte sich deshalb sehr wohl als unzulässiger Eingriff in den bisherigen übertariflichen Bereich erweisen. Entscheidend ist nämlich nicht das «Ob», sondern das «Wie» dieses Eingriffs.

3. *Die Effektivgarantieklausel als unzulässiger Eingriff in die Vertragsfreiheit*

Die normativen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages vermögen die Rechtsgültigkeit abweichender günstigerer einzelvertraglicher Abreden in keiner Weise zu schmälern. Im übertariflichen Bereich der Arbeitsbedingungen bleibt die Vertragsfreiheit dank des Vorbehaltes des Günstigkeitsprinzips bestehen.²⁵ Dieser zwingende Vorbehalt zu Gunsten der individuellen Gestaltungsbefugnis würde zur blossen Farce, stünde es den Tarifpartnern frei, die bisherigen effektiven Arbeitsbedingungen kurzerhand in tarifliche Arbeitsbedingungen umzufunktionieren. Man stelle sich einen Gesamtarbeitsvertrag vor, dessen Inhalt aus folgendem Satz bestünde: «Die bisherigen effektiven Arbeitsbedingungen gelten mit sofortiger Wirkung als tarifliche Arbeitsbedingungen und können nicht mehr herabgesetzt werden.» Das Günstigkeitsprinzip würde vollends zum «Giesskannenprinzip», könnten nicht nur die bisherigen effektiven Arbeitsbedingungen tariflich garantiert werden, sondern auch allfällige, während der Laufdauer des Gesamtarbeitsvertrages hinzukommende Verbesserungen. Die Tarifpartner kämen allerdings nicht darum herum, wenigstens für die erst nach Inkrafttreten des Gesamtarbeitsvertrages unter dessen Geltungsbereich fallenden Arbeitsverhältnisse die Mindestarbeitsbedingungen selbst zu setzen, gewisser-

25 Vertragsfreiheit herrscht ferner im aussertariflichen Bereich, also im Bereiche der überhaupt nicht tariflich normierten Arbeitsbedingungen.

massen als «Starthilfe». Es leuchtet ein, dass eine derart weitgehende Gestaltungsbefugnis der Tarifpartner niemals zulässig sein kann. Die individualrechtliche Gestaltungsmöglichkeit des Arbeitsverhältnisses würde auf diese Weise völlig verdrängt. Eine solche Tarifpraxis wäre ohnehin über kurz oder lang zum Scheitern verurteilt. Man könnte es den tarifgebundenen Arbeitgebern nicht verübeln, wenn sie sich unter diesen Voraussetzungen kaum mehr zur Erhöhung der effektiven Arbeitsbedingungen entschliessen könnten. Eine solche Pervertierung des Gesamtarbeitsvertrages könnte niemandem dienlich sein, höchstens vielleicht den nicht tarifgebundenen Aussenseitern.

Gegen die soeben geschilderte Usurpation des bisherigen über- und aussertariflichen Bereiches durch den Gesamtarbeitsvertrag sprechen zunächst ernsthafte Bedenken unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitsgebotes. Beschränken sich die Parteien des Gesamtarbeitsvertrages nämlich darauf, den individuell vereinbarten übertariflichen Arbeitsbedingungen tarifliche Wirkung beizulegen, machen sie also die effektiven Arbeitsbedingungen zum Inhalt des Gesamtarbeitsvertrages und schaffen sie damit Spezialtarife, so führt dies unweigerlich zu einer bedenklichen Ungleichbehandlung der tarifgebundenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Diese Problematik bildet jedoch Gegenstand des nachfolgenden Paragraphen und soll hier nicht weiter erörtert werden. Nachdenklich stimmt ferner, dass auf diese Weise Individualnormen entstünden, obwohl es Aufgabe des Gesamtarbeitsvertrages wäre, allgemeine Mindestarbeitsbedingungen festzulegen.

Bei der Beantwortung der Frage, ob ein unzulässiger Eingriff in die Freiheit der Einzelvereinbarung vorliegt, ist davon auszugehen, dass die übertariflichen Arbeitsbedingungen vom Standpunkt des Gesamtarbeitsvertrages aus *freiwillig* gewährt werden. Wie bereits ausgeführt, herrscht im übertariflichen Bereich Vertragsfreiheit und liegen die übertariflichen Arbeitsbedingungen in der alleinigen Dispositionsbefugnis der Parteien des Individualarbeitsvertrages. Zwar sind die Tarifpartner kraft gesetzlicher Ermächtigung in der Lage, den einzelvertraglichen Abreden über die effektiven Arbeitsbedingungen die Rechtswirksamkeit zu entziehen, indem sie selbst die tariflichen Arbeitsbedingungen soweit anheben, bis sie die bisherigen übertariflichen Arbeitsbedingungen einholen oder gar übersteigen. Die betroffenen einzelvertraglichen Abreden werden dadurch aber nicht zum Inhalt des Gesamtarbeitsvertrages, sondern werden von diesen mit Nichtigkeitsfolge verdrängt. Die erhöhten tariflichen Bedingungen heben entgegengesetzte individualvertragliche Regelungen auf, sofern diese für den Arbeitnehmer nicht günstiger sind. Die normativen Bestimmungen ihrerseits, welche die individuellen Abreden verdrängen, werden nun keineswegs zu Bestandteilen der entsprechenden Einzelarbeitsverträge; sie gelten unmittel-

bar.²⁶ Die durch die betreffenden Einzelarbeitsverträge begründeten Arbeitsverhältnisse empfangen ihren Inhalt insoweit nicht mehr von der individuellen Abrede, sondern vom Gesamtarbeitsvertrag. Gesamtarbeitsvertrag und Einzelarbeitsvertrag stehen als eigenständige Rechtsinstitute *nebeneinander* und gestalten das Arbeitsverhältnis *konkurrierend*. Solange und soweit der Einzelarbeitsvertrag günstigere Arbeitsbedingungen festlegt, empfängt das Arbeitsverhältnis seinen Inhalt ausschliesslich von ihm. Der Gesamtarbeitsvertrag hat dies zu respektieren; die günstigeren einzelvertraglichen Abreden haben den Vorrang vor den tariflichen Mindestbedingungen. Die Situation ändert sich erst, wenn der Gesamtarbeitsvertrag selbst günstigere oder zumindest gleich günstige Arbeitsbedingungen setzt. Erst und nur dann hat der Einzelarbeitsvertrag zu weichen. Die bisherigen übertariflichen Arbeitsbedingungen werden dann nicht mehr freiwillig gewährt, weil sie inzwischen von den tariflichen Mindestbedingungen eingeholt worden sind. Ordnet der Gesamtarbeitsvertrag an, die individuell verabredeten Arbeitsbedingungen dürften nicht mehr herabgesetzt werden, so stellt dies unzweifelhaft einen unzulässigen Eingriff in die Freiheit der Einzelvereinbarung dar. Die Tarifpartner sind nicht ermächtigt, den Parteien des Einzelarbeitsvertrages die Dispositionsbefugnis über die von diesen selbst gesetzten übertariflichen Arbeitsbedingungen zu entziehen. Hingegen sind sie in der Lage, gleichgünstige oder günstigere Arbeitsbedingungen zu vereinbaren und damit die einzelvertraglichen Abreden aufzuheben. Ihre Norm müssen sie indessen *selbst* setzen. Sie können nur das Arbeitsverhältnis regeln, das heisst die Arbeitsbedingungen, nicht aber die einzelvertragliche Abrede über das Arbeitsverhältnis.²⁷ Tatbestand der tariflichen Norm müssen also stets die Arbeitsbedingungen selbst sein, niemals aber die einzelvertragliche Regelung über die Arbeitsbedingungen. Stünde es den Tarifparteien frei, den in den Arbeitsverträgen getroffenen Vereinbarungen die Wirkung einer Tarifnorm beizulegen, so liefe das in der Tat auf eine unzulässige Vermischung zweier grundverschiedener Rechtsinstitute hinaus, wie NIKISCH²⁸ betont.

Die Tarifpartner können sich selbst dann nicht darauf beschränken, die effektiven Arbeitsbedingungen mit tariflicher Wirkung zu versehen, wenn dem Günstigkeitsprinzip nur dispositiver Charakter zukommt, wie es in Österreich der Fall ist. Die Tarifpartner sind lediglich dazu befugt, das Arbeitsverhältnis zu regeln, und zwar durch das Setzen eigener Arbeitsbedingungen.

26 NIKISCH, Arbeitsrecht II, a.a.O. 385ff.

27 Eine Ausnahme besteht insofern, als die Tarifparteien ermächtigt sind, Abschlussbedingungen (namentlich Formvorschriften) mit normativer Wirkung zu vereinbaren. Soweit aber Inhaltsnormen in Frage stehen, muss diese Folgerung uneingeschränkt gelten.

28 NIKISCH, a.a.O., BB 1956, 469.

Wie bereits vorn²⁹ ausgeführt, ist Gegenstand der Effektivgarantieklausel nicht der Lohn als solcher, sondern die einzelvertragliche Regelung über den Lohn. Der das allgemeine Tarifniveau übersteigende Effektivlohn wird nur deshalb tariflich garantiert, weil er individualvertraglich in dieser Höhe verabredet wurde. Statt selbst die Höhe des Tariflohnes festzulegen, beschränken sich die Tarifparteien darauf, den Parteien des Einzelarbeitsvertrages die Dispositionsbefugnis über den bisher übertariflichen Effektivlohn zu entziehen. Sie verstossen damit in unzulässiger Weise gegen die Freiheit der Einzelvereinbarung. Die Effektivgarantieklausel respektiert die Freiwilligkeit der übertariflichen Leistungen nicht. Das unterscheidet sie von denjenigen Klauseln, welche den Effektivlohn im Sinne einer Bezugsgrösse für die inhaltliche Konkretisierung tariflicher Ansprüche erfassen oder lediglich Modalitäten einzelvertraglicher Ansprüche regeln. Wenn der Gesamtarbeitsvertrag die Dauer der Lohnzahlungspflicht in Absenzfällen regelt, so werden die Parteien des Einzelvertrages in ihrer Dispositionsbefugnis über die Höhe des übertariflichen Lohnes, der während der Absenz zu entrichten ist, in keiner Weise eingeschränkt. Die betreffende Bestimmung des Gesamtarbeitsvertrages beschränkt sich nicht etwa darauf, einen einzelvertraglichen Anspruch tariflich zu garantieren, sondern setzt eine eigene mit der entsprechenden einzelvertraglichen Abrede konkurrierende Tarifnorm. Der Gesamtarbeitsvertrag könnte hingegen nicht anordnen, die Dauer der Lohnzahlungspflicht bei Absenzen infolge von Krankheit und Unfall entspreche der bisher effektiv gewährten Dauer, erhöht um X Tage.

§ 8 Effektivgarantieklausel und Gleichheitsgebot

I. Die Effektivgarantieklausel führt zu einer Ungleichbehandlung

Es steht ausser Zweifel, dass die Effektivlöhne von ganz unterschiedlicher Höhe sind. Die durch Vereinbarung einer Effektivgarantieklausel entstehenden individuellen Tariflöhne sind folglich ungleich; ihre Berechnungsgrundlage sind die Effektivlöhne. Wenn diese Ungleichheit auch nicht originär von den Parteien des Gesamtarbeitsvertrages geschaffen wird – es steht im alleinigen Belieben der Parteien des Einzelarbeitsvertrages, über die Höhe übertariflicher Effektivlöhne zu befinden – so sanktionieren sie sie doch, indem sie die von den Parteien des Einzelarbeitsvertrages herührende Differenzierung unbeschten, in Unkenntnis ihres Ausmasses und Motivs, zur Grundlage tariflicher Ansprüche machen. Daran wäre wohl

29

Vgl. vorn § 4 bei N 8.

dann nichts zu bemängeln, wenn in jedem Falle Gewähr dafür bestünde, dass die Differenzierung auf Gründen beruht, welche auch eine ungleiche kollektive Regelung rechtfertigen. Ob die Ungleichheit vom Gesamtarbeitsvertrag originär geschaffen oder schon vorgefunden und sanktioniert wird: In beiden Fällen müsste die Differenzierung nach Kriterien erfolgen, welche unter dem Gesichtspunkt der kollektiven Regelung eines Sachverhaltes adaequat sind.¹ Gerade das ist nun keineswegs gewährleistet. Es darf nicht davon ausgegangen werden, dass die unterschiedliche Höhe der Effektivlöhne auf einer solchermassen gerechtfertigten Differenzierung beruht. Die Unterschiede können aus der Sicht des Gesamtarbeitsvertrages durchaus willkürlich entstanden sein. Es bedarf auch keiner tiefgreifenden Rechtstatsachenforschung, um die Behauptung zu wagen, die unterschiedliche Entlohnung entbehre in der Praxis sogar häufig einer sachlichen Rechtfertigung.² Schon über das Kriterium selbst, über den Begriff der sachlichen Rechtfertigung, dürfte in der Praxis alles andere als eine einheitliche Meinung bestehen. Die Ansichten über die Lohngerechtigkeit divergieren beträchtlich. Von einer Garantie einheitlich und sachlich begründeter Differenzierung kann keine Rede sein.

Man könnte sich ferner fragen, ob die auf der Ebene des Einzelarbeitsvertrages angemessenen Differenzierungskriterien mit jenen, welche bei der Regelung tariflicher Ansprüche massgebend sein sollen, überhaupt kongruent seien. Was dort als gerechtfertigt erscheinen mag, braucht als kollektiv garantierte Mindestbedingung nicht notwendigerweise ebenfalls gerechtfertigt zu sein. Es ist zum Beispiel unumgänglich, im Einzelarbeitsvertrag bis zu einem gewissen Grade das Spiel von Angebot und Nachfrage im Arbeitsmarkt zu berücksichtigen und deshalb besonders gesuchten Berufsleuten im Vergleich zu Arbeitnehmern anderer, nicht minder qualifizierter Berufe hö-

1 Die diesbezüglichen Bedenken von ERICH FREY, Anmerkungen zum Urteil des BAG vom 14.2.1968, in: AuR 1968, 320, sind daher unbegründet.

2 Wenn HANS REHHAHN, Tariflöhne und Effektivklauseln, AuR 1956, 295, von den Verhältnissen im Grossbetrieb ausgehend, kurzerhand behauptet, die einzelvertraglich vereinbarten Löhne hätten regelmässig einen «vernünftigen Grund» und dem inneren Gehalte nach gebe es ohnehin kaum noch individuelle Löhne, sondern nur noch der Form nach, so ist das eine grobe Vereinfachung. Nicht nur, weil die Verhältnisse im Grossbetrieb natürlich nicht allein massgebend sein können, sondern auch, weil er in grosszügiger Weise die Ausnahmen von seiner «Regel» – er begnügt sich mit dem *regelmässigen* Vorliegen eines vernünftigen Grundes – übersieht. (Ob ein auf der Ebene des Einzelarbeitsverhältnisses vielleicht vernünftiger Grund auch einen aus der Sicht der kollektiven Regelung hinreichenden Grund darstellt, bleibe hier noch dahingestellt). Selbst «Lohnordnungen» und dergleichen können nicht verhindern, dass einzelne Effektivlöhne nach oben ausscheren. Das ist eine Folge der im Bereiche der übertariflichen Löhne bestehenden Vertragsfreiheit. Die Tarifparteien dürfen sich jedenfalls nicht darauf verlassen, dass eine hinreichende sachliche Rechtfertigung der Lohnendifferenzierung stets vorliegt. Rehhahn bleibt den Beweis des Gegenteils schuldig.

here Effektivlöhne zu gewähren.³ Vermag nun dieses Kriterium auch im Gesamtarbeitsvertrag eine unterschiedliche Behandlung zu rechtfertigen? Fraglich ist sogar, ob die unterschiedliche individuelle Leistung, welche sicherlich das naheliegendste und über jeden Zweifel erhabene Differenzierungskriterium im Einzelarbeitsvertrag darstellt, stets auch eine unterschiedliche tarifliche Entlohnung rechtfertigen kann. Unbedenklich sind unter diesem Aspekt vielleicht tarifliche Akkordlohnsysteme und dergleichen. Ginge es aber auch an, dem Arbeitnehmer A einen höheren Tariflohn zu garantieren als B, weil A bisher eine höhere Leistung erbrachte als B? A könnte während der Geltungsdauer des Gesamtarbeitsvertrages leistungsmässig abfallen und B seine Leistung erheblich steigern. Eine Korrektur der beiden individuellen Tariflöhne hätte aller Voraussicht nach zu unterbleiben, würde sie doch eine Revision des Gesamtarbeitsvertrages voraussetzen. Gerade am Beispiel der Lohnfestsetzung manifestiert sich doch treffend, dass Individualsituationen wegen der Fülle ihrer konkreten Umstände einer kollektiven Gestaltung gar nicht zugänglich sind.

Der auf der Ebene des Einzelarbeitsverhältnisses geltende Gleichbehandlungsgrundsatz – er findet seine Rechtsgrundlage in der allgemeinen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers (OR 328 Abs. 1)⁴ – verbietet nur die willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer desselben Betriebes, nicht aber die Besserstellung.⁵ Schon seine Anwendbarkeit im Bereiche des Arbeitslohnes ist umstritten. Die Bedenken gegen eine unbesehene Sanktionierung der vom Einzelarbeitsvertrag herrührenden Differenzierung vermag er jedenfalls nicht zu zerstreuen.

Die Effektivgarantieklausel führt auch in anderer Hinsicht zu Ungleichheiten. Zu denken ist namentlich an Arbeitnehmer, welche im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Effektivgarantieklausel noch nicht unter

3 Andererseits dürfte es nicht als sachlich gerechtfertigt erscheinen, Angebot und Nachfrage auch zur Grundlage einer unterschiedlichen Entlohnung von Angehörigen desselben Berufes zu machen und damit Arbeitnehmer, welche in angebotsknappen Zeiten eingestellt werden, gegenüber ihren Arbeitskollegen besserzustellen. Das kommt jedoch vor.

4 Vgl. MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht (S.A. Bern 1979) 71; DANIEL MEYER, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im schweizerischen Arbeitsrecht (Bern 1976) 132; a.M. allerdings URS CH. NIT, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im schweizerischen Arbeitsrecht, SJZ 1976, 17ff., der zum Schluss gelangt, im schweizerischen Arbeitsrecht bestehe kein allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz, der den Grundsatz der Vertragsinhaltsfreiheit einzuschränken vermöchte.

5 REHBINDER, a.a.O. 71; MEYER, a.a.O. 178ff. (mit zahlreichen Hinweisen auf die deutsche und österreichische Lehre), der aber das quantitative Moment, d.h. das Erfordernis, dass die Gruppe der Bessergestellten zahlenmässig eine Minorität im Vergleich zur Gruppe der Schlechtergestellten darstellen muss, nur als Indiz, nicht als Kriterium verstanden wissen will.

Nähere Ausführungen zu Inhalt und Geltungsbereich des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes folgen hinten bei Anm. 17ff.

den Geltungsbereich des Gesamtarbeitsvertrages fielen und somit lediglich den generellen Tariflohn beanspruchen können. Ist die Dauer der Tarifgebundenheit ein hinreichendes Kriterium zur Differenzierung des tariflichen Lohnanspruches? Ferner bestehen unterschiedliche Effektivlohn-niveaus von Betrieb zu Betrieb. Soll der Gesamtarbeitsvertrag diese sanktionieren? Auch eine Ungleichbehandlung der Arbeitgeber im Verbandstarif kann bedenklich sein. Die dem Gesamtarbeitsvertrag innewohnende und durchaus erwünschte Kartellwirkung steht nämlich in Gefahr.⁶ Dabei ist allerdings zuzugeben, dass solche Unterschiede auch dann entstehen, wenn Firmentarife statt Verbandstarife abgeschlossen werden.⁷ In Anbetracht dessen, dass der Gesamtarbeitsvertrag in zunehmendem Masse eine eigentliche Verteilungsgerechtigkeit innerhalb der Sozialpartnerschaft anstrebt, nachdem er ursprünglich in erster Linie den Schutz und die Existenzsicherung des Arbeitnehmers bezweckte, könnte die Zugehörigkeit zu einem mehr oder minder leistungsfähigen Unternehmen oder Betrieb sehr wohl ein für die kollektive Regelung relevantes Unterscheidungskriterium darstellen.⁸

Die mit der Effektivgarantieklausel verbundene Vereinbarung unterschiedlicher individueller Tariflöhne lässt sich letztlich nur mit dem verschiedenen Inhalt der Einzelarbeitsverträge begründen und entbehrt somit einer in jedem Falle verlässlichen Rechtfertigung. Vereinbaren die Parteien des Gesamtarbeitsvertrages eine Effektivgarantieklausel, müssen sie sich den Vorwurf der Ungleichbehandlung der einzelnen Arbeitnehmer und (gegebenenfalls) Arbeitgeber gefallen lassen.⁹

6 Vgl. REINHARD RICHARDI, Kollektivmacht und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses (München 1968) 418.

7 Zuzustimmen ist insoweit REHHAHN, a.a.O. 296.

8 Vgl. dagegen UDO KNITTER, Möglichkeiten und Grenzen der Lohnänderung durch Tarifverträge (Diss. Köln 1960) 159f.

9 Derselben Ansicht nebst vielen anderen: OTTO ARREGGER, Die normativen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages und ihr Verhältnis zum Einzelarbeitsvertrag (Diss. Bern 1973) 71; ALFRED HUECK, Zulässigkeit und Wirkung einer tariflichen Effektivklausel (Gutachten), BB 1954, 778; A. HUECK/H.C. NIPPERDEY, Lehrbuch des Arbeitsrechts II/1 (7.A. Berlin und Frankfurt 1967) 603 N 72; KNITTER, a.a.O. 155ff.; ARTHUR NIKISCH, Arbeitsrecht II (2.A. Tübingen 1959) 452f.; M. REHBINDER, a.a.O. 167; REINHARD RICHARDI, a.a.O. 418f.; EUGEN STAHLHACHE, Die Beeinflussung der Effektivlöhne durch Tarifverträge, RdA 1962, 224, sowie BAG, AuR 1968, 316ff. Hüten muss man sich vor der verschleiernenden Optik, welche lediglich das Aufstocken der übertariflichen Zulagen auf den gleichmässig erhöhten Tariflohn sehen will, nicht aber deren notwendigerweise damit verbundenen Einbezug in den tariflichen Lohnanspruch. Diese Optik verkennt, dass Effektivlohn und Tariflohn konkurrierend und im ganzen Betrage nebeneinander stehen und nicht in- oder übereinander. Hieran vermag der Umstand, dass die Höhe des Effektivlohnes in der Praxis häufig mittels einer Addition von Tariflohn und übertariflicher Zulage bestimmt wird, nichts zu ändern. Das ist ein rein rechnerischer Vorgang, der die rechtliche Qualifizierung des Effektivlohnes in keiner Weise beeinflussen kann.

Daraus lässt sich natürlich nicht gleich die Ungültigkeit der Effektivgarantieklausel ableiten. Vielmehr muss nun geprüft werden, ob bei der Vereinbarung gesamtarbeitsvertraglicher Bestimmungen ein Gleichheitsgrundsatz zu beachten sei, mit dem die Effektivgarantieklausel unverträglich ist.

II. *Rechtsgrundlage eines Grundsatzes der Gleichbehandlung im Gesamtarbeitsvertragsrecht*

Es liegt nahe, zunächst nach einer gesetzlichen Vorschrift zu suchen, welche die tarifliche Gleichbehandlung ausdrücklich gebietet. Im schweizerischen Recht wäre allenfalls an Art. 34 ter Abs. 2 BV und an Art. 2. Ziff. 4 des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen zu denken. Beide Bestimmungen ordnen an, dass die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages dann unzulässig ist, wenn dieser die Rechtsgleichheit verletzt. Mit den Worten der bundesrätlichen Botschaft¹⁰ bedeutet dies: «Bei gleichen Verhältnissen sollen für alle bei der Allgemeinverbindlicherklärung erfassten Personen die gleichen Bestimmungen gelten; unterschiedliche Bestimmungen sollen nur Platz greifen, wenn dies durch die Ungleichheit der Verhältnisse gerechtfertigt ist.» BIGLER¹¹ folgert daraus, es müsse innerhalb des Rechtskreises der Allgemeinverbindlicherklärung Rechtsgleichheit herrschen, wobei es vorallem darum gehe, zu verhindern, dass Betriebe oder Arbeitnehmer eines Wirtschaftszweiges oder Berufes unter gleichen Verhältnissen durch die Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages verschieden behandelt werden. Insbesondere gelte dies für das Verhältnis zwischen den Mitgliedern der vertragsschliessenden Verbände und den Aussenseitern, die unter der Herrschaft der Allgemeinverbindlicherklärung nicht schlechter gestellt werden dürften. Dem kann nur beigepllichtet werden. Es ist nicht einzusehen, weshalb es hier ausschliesslich um die Gleichbehandlung von Beteiligten und Aussenseitern gehen sollte, wie ZANETTI¹² anzunehmen scheint. Verfassung und Gesetz wollen das Erfordernis der Rechtsgleichheit umfassend erfüllt wissen und nicht etwa nur eine Spielart rechtsungleicher Behandlung, nämlich die sogenannten Tarifausschlussklauseln oder Differenzierungsklauseln¹³, von

10 Botschaft zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit, vom 29. Januar 1954, BBl 1954, 174.

11 F. WALTER BIGLER in: SCHWEINGRUBER-BIGLER, Kommentar zum Gesamtarbeitsvertrag (2.A. Bern 1972) 98.

12 BERNARDO ZANETTI in: Schweizerische Juristische Kartothek, Ersatzkarte Nr. 842, 4.

13 Vgl. M. ROTHBINDER, a.a.O. 152, und ALFRED HUTCK, Tarifausschlussklauseln und verwandte Klauseln im Tarifvertragsrecht (München und Berlin 1966).

Tarifausschlussklauseln sind tarifliche Abmachungen, wonach Aussenseiter nicht zu

der Allgemeinverbindlicherklärung ausnehmen. Es ist zu bedenken, dass die Allgemeinverbindlicherklärung auch einen empfindlichen Eingriff in die Rechtsposition der Beteiligten darstellt, indem ihnen verunmöglicht wird, sich der Tarifgebundenheit durch Austritt aus dem Verband oder Kündigung des Anschlusses zu entledigen.

Wenn aus den beiden in Frage stehenden Bestimmungen auch unmissverständlich die Unzulässigkeit der Allgemeinverbindlicherklärung einer Effektivgarantieklausel zu folgern ist, so ist eine positivrechtliche Grundlage für einen im Gesamtarbeitsvertragsrecht generell zu beachtenden Grundsatz der Gleichbehandlung dennoch nicht gefunden. Die Tatsache, dass ein die Rechtsgleichheit verletzender Gesamtarbeitsvertrag nicht allgemeinverbindlich erklärt werden darf, lässt nicht zugleich den Schluss zu, ein solcher Gesamtarbeitsvertrag sei an sich unzulässig. Beide Bestimmungen könnten sogar die gegenteilige Auffassung stützen, da sie eigentlich überflüssig wären, wenn der Gesamtarbeitsvertrag ohnehin die Rechtsgleichheit zu beachten hätte. Erstaunlich ist hingegen, dass heute, anders als früher, Effektivklauseln offensichtlich bedenkenlos allgemeinverbindlich erklärt werden.¹⁴

In Ermangelung einer ausdrücklichen Verfassungs- oder Gesetzesbestimmung ist nun zu untersuchen, ob im geltenden Recht nicht dennoch eine Grundlage für einen die Tarifparteien zur Gleichbehandlung verpflichtenden Grundsatz zu finden ist. Als denkbare Rechtsgrundlage bieten sich an:

- der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz;
- der Gleichheitssatz des Art. 4 BV;
- der verbandsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz.

denselben Bedingungen wie beteiligte Arbeitnehmer beschäftigt werden dürfen oder von tariflichen Vergünstigungen ausgenommen werden müssen. Was natürlich einer Diskriminierung der Aussenseiter gleichkommt. Solche Klauseln sind unter verschiedenen Gesichtspunkten bedenklich, namentlich auch unter demjenigen der negativen Koalitionsfreiheit.

14 Sogar Effektivgarantieklauseln. Vgl. hierzu vorn § 5 bei Anm. 34ff. Andererseits lehnt es der Bundesrat nach seinen eigenen Worten seit 1961 ab, in Gesamtarbeitsverträgen Bestimmungen allgemeinverbindlich zu erklären, welche für die Frauen und Männer bei gleichwertiger Arbeit unterschiedliche Mindestlohnansätze vorsehen. Der Bundesrat stützt sich dabei auf Art. 2 Ziff. 4 des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen. Vgl. BBl 1980, 82. Die Tatsache, dass bei gesamtarbeitsvertraglichen Effektivgarantieklauseln ebenfalls bei gleichwertiger Arbeit unterschiedliche Mindestlohnansätze entstehen, welche sogar innerhalb desselben Geschlechts willkürlich differenzieren, scheint den Bundesrat offensichtlich nicht mehr zu stören.

1. *Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz*¹⁵

Mit dem Begriff «arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz» ist hier der auf der Ebene des Einzelarbeitsvertrages anwendbare Grundsatz gemeint, der die willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer desselben Betriebes verbietet. Willkürlich ist eine unterschiedliche Behandlung gleichliegender Fälle aus sachfremden Gründen, worüber im Einzelfall die Verkehrsauffassung entscheidet.¹⁶

Dogmatischer Anknüpfungspunkt des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes ist die allgemeine Fürsorgepflicht des Arbeitgebers.¹⁷ Art. 328 Abs. 1 OR trägt dem ausgeprägten Persönlichkeitsbezug des Arbeitsverhältnisses Rechnung und verpflichtet den Arbeitgeber, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen. Diese Vorschrift erscheint somit als Konkretisierung des allgemeinen Persönlichkeitsschutzes (Art. 27 und 28 ZGB) im Bereiche des Arbeitsverhältnisses. Der Gesetzgeber will die Persönlichkeit des Arbeitnehmers in umfassender Weise geschützt wissen. Zu den geschützten Persönlichkeitsgütern zählen nebst Leben, Gesundheit, geistiger und moralischer Integrität des Arbeitnehmers auch dessen persönliche und berufliche Ehre sowie sein Ansehen und seine Stellung im Betrieb.¹⁸ Die willkürliche Ungleichbehandlung eines Arbeitnehmers im Vergleich zu seinen Arbeitskollegen ist mit der Pflicht zur Achtung und zum Schutze der Persönlichkeit des Arbeitnehmers unvereinbar und stellt folglich eine Verletzung der allgemeinen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers dar. MEYER¹⁹ behauptet mit guten Gründen, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers werde insofern nur durch eine Gleichbehandlung respektiert, als es für den Arbeitnehmer sehr wichtig sei, sich auch im Arbeitsverhältnis als Persönlichkeit anerkannt und geachtet zu wissen, also nicht etwa aus unsachlichen Motiven gegenüber seinen Arbeitskollegen zurückgesetzt zu werden.

Einmal abgesehen von der inhaltlichen Aussage des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes fragt sich, ob ihn auch die Parteien des Gesamtarbeitsvertrages zu beachten haben. Adressat von Art. 328 Abs. 1 OR und damit Träger der allgemeinen Fürsorgepflicht ist der einzelne Arbeitgeber; das steht ausser Zweifel. Das will aber gewiss nicht heissen, die Tarifpartner dürften sich beim Setzen der tariflichen Mindestbedingungen über diesen Grundsatz hinwegsetzen. Art. 328 OR zählt zu den in Art. 362 OR aufgeführten Vorschriften, von denen weder durch Einzelabrede oder Nor-

15 Vgl. allgemein zum arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz die vorn unter Anm. 4 zitierten Arbeiten.

16 M. REHBINDER, a.a.O. 71.

17 M. REHBINDER, a.a.O. 71; DANIEL MEYER, a.a.O. 127ff. und 155.

18 M. REHBINDER, a.a.O. 72.

19 D. MEYER, a.a.O. 128.

malarbeitsvertrag noch durch Gesamtarbeitsvertrag zu Ungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden darf.²⁰ Ein Grund, weshalb gerade der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, d.h. *ein* spezifischer Aspekt der dem Arbeitgeber zwingend auferlegten allgemeinen Fürsorgepflicht, von den Parteien des Gesamtarbeitsvertrages nicht auch zu beachten wäre, ist nicht ersichtlich. Alle durch Art. 328 OR geschützten Aspekte der Persönlichkeit des Arbeitnehmers nehmen an der zwingenden gesetzlichen Wirkung teil.

Es fragt sich indessen, ob Verstösse gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz mittels gesamtarbeitsvertraglicher Bestimmungen überhaupt praktisch möglich sind. Auszuschliessen ist das wohl nicht, zumindest theoretisch nicht. Der Gesamtarbeitsvertrag wäre geeignet, Bestimmungen aufzustellen, welche die Persönlichkeit des Arbeitnehmers verletzen. Konkrete Beispiele von Bestimmungen aber, welche gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verstossen, lassen sich nur mit Mühe konstruieren. Diskriminierende Individualnormen im Gesamtarbeitsvertrag dürften im Hinblick auf das Wesen des Gesamtarbeitsvertrages auszuschliessen sein. Es ist nicht anzunehmen, dass ein Gesamtarbeitsvertrag anordnet, dem namentlich erwähnten Arbeitnehmer X stehe lediglich ein Ferienanspruch von 3 Wochen zu, während seine Kollegen 4 Wochen beanspruchen könnten. Denkbar wäre hingegen, dass Minderheiten ohne sachliche Begründung von tariflichen Vorteilen ausgenommen werden. Besonders naheliegend sind allerdings auch solche Beispiele nicht.²¹

Hier interessiert letztlich allein, ob die Parteien des Gesamtarbeitsvertrages mit der Vereinbarung einer Effektivgarantieklausel gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verstossen. Das ist nicht der Fall. Zunächst enthält nämlich der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, wie GÖRNER²² zutreffend ausführt, kein positives Gebot, unter al-

20 Beim (einseitig-korporativen) Firmenvertrag, namentlich beim Hausverbandsvertrag, liegt die Bindung an den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ohnehin nahe.

21 So könnte zum Beispiel gesamtarbeitsvertraglich ein kleinerer Mindestferienanspruch für aktive Fussballer vorgesehen sein, in der Befürchtung vielleicht, solche Arbeitnehmer wiesen häufige Kurzabsenzen infolge von Sportunfällen auf. Naheliegender wäre vielleicht noch, dass für Grenzgänger im Gegensatz zur Mehrheit ihrer Arbeitskollegen kürzere Kündigungsfristen, ungünstigere Wegentschädigungen und dergl. vorgesehen werden. Es dürfte z.B. regelmässig nicht sachlich zu rechtfertigen sein, einem Grenzgänger, der 50 km vom Arbeitsort entfernt wohnt, eine kleinere Wegentschädigung zu gewähren als seinem Arbeitskollegen, der ebenfalls einen Arbeitsweg von 50 km zurückzulegen hat, aber im Inland wohnt. (Dagegen wäre dann nichts einzuwenden, wenn bei der Berechnung der Wegentschädigung einheitlich auf die Fahrtkosten bei Benützung des zur Verfügung stehenden öffentlichen Verkehrsmittels abgestellt würde und der Unterschied mit geringeren Fahrtkosten des Grenzgängers zu rechtfertigen wäre.)

22 GÖRNER, Probleme der Gleichbehandlung bei der Entlohnung, RdA 1962, 218.

len Umständen gleich zu behandeln; er hat vielmehr zum Inhalt das Verbot sachlich ungerechtfertigter Schlechterstellung eines einzelnen Arbeitnehmers oder einer Gruppe von Arbeitnehmern gegenüber der Allgemeinheit der zur selben sozialen Gemeinschaft gehörenden Arbeitnehmer. Die Effektivgarantieklausel, welche die ungleichen Effektivlöhne nicht originär schafft, sondern lediglich tariflich sanktioniert, könnte mit diesem Grundsatz nur dann kollidieren, wenn davon auszugehen wäre, die Effektivlöhne selbst seien unter Missachtung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes entstanden. Erhöhung und Sanktionierung der Effektivlöhne, wie sie durch die Effektivgarantieklausel erfolgen, stellen keinen im Widerspruch mit diesem Grundsatz stehenden Akt der Tarifpartner dar. Der Arbeitgeber seinerseits, der durch die Effektivgarantieklausel zur entsprechenden Lohnerhöhung und -weiterzahlung gezwungen wird, verstösst ebenfalls nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn er die für ihn verbindliche gesamtarbeitsvertragliche Bestimmung erfüllt. Die Effektivgarantieklausel behandelt insofern gleich, als sie den Lohn jedes beteiligten Arbeitnehmers in gleicher Weise erhöht und garantiert. – Wohlverstanden, das ändert nichts daran, dass die Effektivgarantieklausel, wie vorn dargelegt, zu einer tariflichen Ungleichbehandlung führt. Hier steht nur die Gleichbehandlung im Sinne des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes in Frage. – Ein eventueller Verstoss gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz müsste bereits früher erfolgt sein. Das muss und darf bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Effektivgarantieklausel hingegen nicht unterstellt werden. Die Parteien des Gesamtarbeitsvertrages dürfen davon ausgehen, die Effektivlöhne, welche sie tariflich sanktionieren wollen, genügen den an sie zu stellenden gesetzlichen Erfordernissen und seien nicht das Produkt von Vorkehren des Arbeitgebers, welche mit dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz unvereinbar sind. Wäre dies der Fall, so stünde es dem betroffenen Arbeitnehmer frei, sich auf der Ebene des Einzelarbeitsvertrages dagegen zur Wehr zu setzen. Ferner ist zu beachten, dass dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz im Bereiche des Arbeitslohnes ohnehin nur geringe Bedeutung zukommt, sowohl hinsichtlich der Anzahl möglicher Anwendungsfälle als auch in bezug auf seine Wirkung. Er entfaltet insbesondere keine Wirkung bei der erstmaligen einzelvertraglichen Lohnfestsetzung²³, da sich der Arbeitgeber nur solange in seinem Wirkungsbereich befindet, als er die Arbeitnehmer *behandelt*. Im Zeitpunkt des erstmaligen Festsetzens des Effektivlohnes *verhandeln* die künftigen Partner des Einzelarbeitsvertrages. Das ist aus der Erkenntnis zu folgern, dass

a) der Gleichbehandlungsgrundsatz ein Fall der *justitia distributiva*, der aus-
teilenden Gerechtigkeit, nicht der sogenannten Austauschgerechtigkeit,
der *justitia commutativa*, ist und

b) Gleichbehandlung gegenüber den Mitgliedern einer sozialen Gemein-
schaft geboten ist, nicht gegenüber Bewerbern um diese Mitgliedschaft.²⁴

Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz findet hingegen
bei *allgemeinen* Lohnänderungen während bestehendem Arbeitsverhältnis
Anwendung.²⁵ Werden einzelne Arbeitnehmer ohne sachliche Rechtferti-
gung von allgemeinen Lohnerhöhungen ausgenommen, so dürfte der ar-
beitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz regelmässig verletzt sein. Ge-
rade das ist aber bei der Effektivgarantieklausel nicht der Fall.

Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz fällt somit als
Rechtsgrundlage für den hier gesuchten, die Tarifpartner bindenden Gleich-
heitssatz ausser Betracht. Die Effektivgarantieklausel kann nicht mit ihm
kollidieren.

2. *BV 4 als Rechtsgrundlage eines tariflichen Gleichheitsgrundsatzes*

In Deutschland vertreten die herrschende Lehre sowie das Bundes-
arbeitsgericht seit langem die Auffassung, die tarifliche Normsetzung sei an
die Grundrechte und damit auch an den verfassungsmässigen Gleichheits-
satz gebunden.²⁶ Allerdings divergieren die Ansichten insoweit, als Begrün-
dung und Intensität dieser Grundrechtsbindung in Frage stehen, je nach
Standort im eng damit zusammenhängenden Meinungsstreit um die Rechts-
natur des Tarifvertrages, respektive um die dogmatische Einordnung seiner
normativen Wirkung.

Die Frage nach der Grundrechtsbindung tariflicher Normsetzung
muss auch für das schweizerische Recht gestellt werden. Ihre Beantwortung
hängt wesentlich davon ab, ob die normativen Bestimmungen des Gesamt-
arbeitsvertrages als von privaten Verbänden kraft staatlicher Delegation ge-
setztes Recht zu qualifizieren sind oder als im Rahmen der Privatautonomie
gesetzte rechtsgeschäftliche Normen.

2.1. *Die Rechtsnatur des Gesamtarbeitsvertrages*

Während sich der obligatorische Teil des Gesamtarbeitsvertrages
müheles als schuldrechtlicher Vertrag qualifizieren lässt, bereitet die rechts-

24 GÖRNER, a.a.O. 219.

25 Vgl. MEYER, a.a.O. 278ff.

26 Vgl. WIEDEMANN/STUMPF, Tarifvertragsgesetz (5.A. Münch. 1977) Einl. N 57f.

theoretische Einordnung seines normativen Teils seit jeher fast unüberwindliche Schwierigkeiten. In der Fülle verschiedener Erklärungsversuche findet man sich kaum noch zurecht. Die nahezu babylonische Sprachverwirrung im angesprochenen Bereich der Rechtsquellenlehre trägt das Ihre bei. Namentlich die Begriffe «Rechtsnorm», «Gesetz» und «Autonomie» werden in auffällig undifferenzierter Weise und alles andere als einheitlich verwendet.

Wenn nachfolgend die verschiedenen Theorien geschildert werden, so kann dies nur im Sinne eines groben Überblicks erfolgen.

a) *Die in Deutschland entwickelten Theorien im Überblick*²⁷

Der idealtypischen Gegensätzlichkeit von Vertrag und Gesetz folgend sind zunächst zwei Gruppen von Erklärungsversuchen auseinanderzuhalten, nämlich die *rein rechtsgeschäftlichen Theorien* einerseits und die *Rechtssatztheorien* andererseits. Zu ihnen gesellt sich schliesslich eine dritte Gruppe, die jüngste; sie qualifiziert die *Tarifnorm als rechtsgeschäftliche Norm* und lässt sich ganz und gar nicht mehr in die heile Welt der idealtypischen Formen von Vertrag und Gesetz einordnen. Neben Gesetz und Vertrag sind eben mannigfache Formen neuer Rechtsquellen getreten.²⁸ Die herkömmliche Zweiteilung passt nicht mehr auf die heutigen Verhältnisse. Es lässt sich nicht übersehen, dass sich beide Formen vermischen und sich eine Grauzone der Übergänge und Zwischenformen gebildet hat.»²⁹

Die rein rechtsgeschäftlichen Erklärungsversuche

ERWIN JACOBI³⁰ und später THILO RAMM³¹ qualifizieren den Tarifvertrag als Rechtsgeschäft mit ausschliesslich schuldrechtlicher Wirkung. Beide verneinen den Rechtssatzcharakter der unmittelbar und zwingend

27 Vgl. allgemein die Übersichten von HUECK, NIPPERDEY, Lehrbuch des Arbeitsrechts II/1 (7.A. Berlin und Frankfurt 1967) 339ff.; HANS HOFBAUER, Der Rechtscharakter der Tarifverträge und der Allgemeinverbindlicherklärung (Berlin 1974) 25ff.; WOLFGANG HÖLTERS, Harmonie normativer und schuldrechtlicher Abreden in Tarifverträgen (Berlin 1973) 84ff.; MANFRED REHBINDER, Die Rechtsnatur des Tarifvertrages, JR 1968, 167ff.; REINHARD RICHARDI, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses (München 1968) 130ff.; WILDMANN / STUMPF, a.a.O. N 21ff. zu § 1 TVG; WOLFGANG ZÖLLNER, Die Rechtsnatur der Tarifnormen nach deutschem Recht (Wien 1966).

28 LUZIG WILDHAUER, Vertrag und Gesetz – Konsensual- und Mehrheitsentscheid im schweizerischen Staatsrecht, ZSR 1975 I, 114.

29 ULRICH MEYER-CORDING, Die Rechtsnormen (Tübingen 1971) 46.

30 ERWIN JACOBI, Grundlehren des Arbeitsrechts (Leipzig 1927) 246ff. (v.a. 272ff.).

31 THILO RAMM, Die Rechtsnatur des Tarifvertrages, JZ 1962, 78ff.; derselbe, Die Parteien des Tarifvertrages (Stuttgart 1961).

wirkenden Bestimmungen des Tarifvertrages und wenden sich gegen deren Interpretation als Rechtsnormen. Sie fassen die tarifliche Norm nicht als objektives Recht auf, sondern als *lex contractus*.³² Im übrigen aber unterscheiden sich die von JACOBI und RAMM vertretenen Theorien deutlich.³³ Während JACOBI versucht, den Tarifvertrag in Anerkennung seiner dogmatischen Besonderheit in das System des Privatrechts einzufügen, will RAMM die Wirkungen der Tarifbestimmungen mittels herkömmlicher Begriffe des Zivilrechts erklären.

In JACOBI'S *Lehre vom kollektiven Schuldvertrag* kommt dem Eintritt in den tariffähigen Verband, den er als Unterwerfungsakt des Einzelnen unter den Verbandswillen versteht, ausschlaggebende Bedeutung zu. Der einzelne finde in dem, was der Verband für ihn vereinbare, seinen eigenen Willen wieder.³⁴ Das unterscheide denn auch die Tarifklauseln von den Normen des objektiven Rechts, welche selbstherrlich wirkten. Ohne ihre unabdingbare Wirkung zu übersehen, führt JACOBI die Geltung der Tarifklauseln für die Tarifbeteiligten letztlich doch auf deren eigenen Willen zurück, weshalb sie in seinen Augen den Tatbestand des selbstgewollten Rechtsgeschäftes erfüllen, nicht aber denjenigen des heteronom wirkenden Rechtssatzes, für das Setzen dessen es laut JACOBI ausserhalb der Staatsgewalt keinen Raum gibt. JACOBI stellt daher dem individuellen Schuldvertrag den kollektiven Schuldvertrag zur Seite und damit der individuellen rechtsgeschäftlichen Privatautonomie die kollektive rechtsgeschäftliche Privatautonomie.³⁵ Die gesetzliche Anerkennung der Unabdingbarkeit der tariflichen Arbeitsbedingungen betrachtet er als «erstmalige Anerkennung der Rechtswirksamkeit kollektiver Willenserklärung für den Individualwillen auf dem Gebiete des Privatrechts.»³⁶

Die Auffassung von JACOBI gilt heute als überholt³⁷, da das in Geltung stehende deutsche Tarifvertragsgesetz ausdrücklich von Rechtsnormen spricht.³⁸ Kritisiert wird ferner, dass es JACOBI nicht gelungen sei, eine innere Rechtfertigung für die Zurechnung des Verbandswillens zu liefern.³⁹

32 MANFRED REHBINDER, a.a.O., JR 1968, 167.

33 Vgl. RICHARDI, a.a.O. 132.

34 ERWIN JACOBI, a.a.O. 273.

35 Vgl. RICHARDI, a.a.O. 133.

36 JACOBI, a.a.O. 283.

37 Vgl. neben vielen: WIEDEMANN/STUMPF, a.a.O. N 22 zu § 1 TVG; HOFBAUER, a.a.O. 28; HÖLTERS, a.a.O. 85; ZÖLLNER, a.a.O. 10.

38 §§ 1 und 4 TVG.

39 Vgl. z.B.: HÖLTERS, a.a.O. 85; ZÖLLNER, a.a.O. 10. JACOBI konnte dies nicht gelingen, weil er auf die bekannten und gesetzlich fundierten Zurechnungskriterien des Zivilrechts wie Stellvertretung und Organschaft bewusst verzichtete. Der von M. REHBINDER, a.a.O. 168, angetönte Berührungspunkt JACOBI'S mit den Autoren der Repräsentationstheorie (v.a. LOTMAR und RAMM) bleibt deshalb hypothetisch, weil JACOBI der Beantwortung der entsprechenden Frage ausgewichen ist.

Die Anhänger der *Repräsentationstheorie*, namentlich THILO RAMM⁴⁰ und vor ihm schon PHILIPP LOTMAR⁴¹, wollen des Problems der rechtstheoretischen Einordnung des Tarifvertrages mit zivilrechtlichen Stellvertretungskonstruktionen Herr werden.

RAMM führt die Unabdingbarkeit der tariflichen Bestimmungen auf eine besondere «*sozialrechtliche Vertretungsmacht*» der Gewerkschaft zurück. Diese von ihm selbst als «*soziale Vormundschaft*» bezeichnete «sozialrechtliche Institution» findet nach RAMM ihre Legitimation in einem den Gewerkschaften zukommenden «sozialen Schutzauftrag» und letztlich im Sozialstaatsprinzip.⁴² Der einzelne Arbeitnehmer begibt sich nach dieser Auffassung während der Dauer seiner Gewerkschaftszugehörigkeit für die Laufzeit der Tarifverträge partiell seiner Vertragsfreiheit, was gewissermaßen zu einer partiellen Entmündigung auf eigenes Verlangen führt.⁴³ Laut RAMM liegt ein Anwendungsfall der sogenannten *verdrängenden Vollmacht* vor, welche dem abweichenden Individualwillen des Vertretenen keinen Raum mehr lässt. Allerdings liegt insoweit eine Ausnahme vor, als nach dem Günstigkeitsprinzip Abweichungen zugunsten des Arbeitnehmers möglich bleiben, wodurch die Situation des Arbeitnehmers mit derjenigen des urteilsfähigen Un- oder Entmündigten vergleichbar wird, der ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters unentgeltliche Vorteile zu erlangen vermag, im übrigen aber handlungsunfähig ist.⁴⁴

Auf der Arbeitgeberseite begnügt sich RAMM mit einer rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung des Verbandes. Eine «sozialrechtliche Vertretungsmacht» des Arbeitgeberverbandes hält er für entbehrlich.⁴⁵ Im Widerspruch zur heute herrschenden Verbandstheorie⁴⁶ betrachtet Ramm den einzelnen Arbeitgeber auch beim Verbandstarif als Partei des Tarifvertrages, zusätzlich zum Arbeitgeberverband (Kombinationstheorie).⁴⁷ Die Theorie von RAMM wird angesichts dieser verschiedenen Behandlung der Arbeitgeberseite einerseits und Arbeitnehmerseite andererseits auch als *Differenzierungstheorie*⁴⁸ bezeichnet.

40 Vgl. oben N 31.

41 PHILIPP LOTMAR, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches, Bd. I (Leipzig 1902) 779ff.

42 RAMM, a.a.O., JZ 1962, 82; derselbe, Die Parteien des Tarifvertrages, 88ff.

43 RAMM, Die Parteien des Tarifvertrages, 91, spricht denn auch von «partieller sozialer Entmündigung».

44 Für die Schweiz: Art. 19 Abs. 2 ZGB; für Deutschland: § 107 BGB betreffend die gesetzliche Vertretung des beschränkt Geschäftsfähigen. Vgl. RAMM, a.a.O., JZ 1962, 82.

45 RAMM, Die Parteien des Tarifvertrages, 86; derselbe, a.a.O., JZ 1962, 82.

46 Vgl. WIEDEMANN-STUMPF, a.a.O. N 67 zu § 1 TVG. Für die Schweiz: M. REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht (S.A. Bern 1979) 157, mit Hinweis auf BGE 40 II 519.

47 Vgl. dazu HOFBAUER, a.a.O. 30.

48 HOFBAUER, a.a.O. 28.

Dem Einwand, das Tarifvertragsgesetz bezeichne die normativen Bestimmungen des Tarifvertrages ausdrücklich als «Rechtsnormen», begegnet RAMM mit dem Vorhalt, nicht der Gesetzgeber, sondern ausschliesslich die Lehre sei dazu berufen, das Phänomen Tarifvertrag wissenschaftlich einzuordnen⁴⁹, was natürlich zutrifft. Doch ist zu bedenken, dass die Verwendung des Begriffs «Rechtsnorm» durch den Gesetzgeber keineswegs im Sinne einer *wissenschaftlichen* Einordnung des normativen Teils verstanden werden muss. Näher liegt wohl die Interpretation, es handle sich dabei um die klare Kundgabe des gesetzgeberischen Willens, den entsprechenden Klauseln des Tarifvertrages die Wirkung echter Rechtsnormen zu verleihen. Die wissenschaftliche Einordnung dieses Faktums bleibt dann ungeschmälert der Lehre vorbehalten.

Die Ansicht von RAMM stösst heute auf nahezu einhellige Kritik. Sowohl die Idee der sozialen Bevormundung des Arbeitnehmers als auch die Differenzierung zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite geben Anlass zu heftigem Widerspruch.⁵⁰

Zu den rein rechtsgeschäftlichen Erklärungsversuchen wäre schliesslich die von BÖTTICHER⁵¹ lediglich im Sinne einer Hypothese vorgebrachte Theorie zu zählen, welche im Tarifvertrag einen Anwendungsfall der *Leistungsbestimmung durch Dritte*⁵² erblickt. BÖTTICHER folgt für das geltende Recht der herrschenden Delegationstheorie und anerkennt damit den Rechtssatzcharakter der normativen Bestimmungen. Mit der nachfolgend kurz geschilderten Theorie wollte er nur aufzeigen, wie der Tarifvertrag seiner Ansicht nach auch hätte erklärt werden können.⁵³ Er tut dies retrospektiv für die Zeit vor der Geltung des Tarifvertragsgesetzes.

49 RAMM, a.a.O., JZ 1962, 81.

50 Vgl. HOFBAUER, a.a.O. 30ff.; HÖLTERS, a.a.O. 86; HUECK/NIPPERDEY, a.a.O. 350f.; RICHARDI, a.a.O. 134ff.; OTTO-HERBERT STRENG, Tarifvertrag und Einzelarbeitsverhältnis (Diss. Erlangen 1963) 22ff.; ZÖLLNER, a.a.O. 9f.

51 EDUARD BÖTTICHER, Gestaltungsrecht und Unterwerfungswille im Privatrecht (Berlin 1964).

52 In Deutschland im allgemeinen Teil des Vertragsrechts gesetzlich geregelt, nämlich in § 317 BGB. In Österreich gesetzlich nur im Kaufrecht vorgesehen (§ 1056 ABGB), aber laut THEO MAYER-MALY, Österreichisches Arbeitsrecht (Wien 1970) 25, auch für jeden anderen entgeltlichen Vertrag anzuerkennen. Im Schweizer Recht fehlt zwar eine vergleichbare gesetzliche Bestimmung, doch steht deswegen auch hier der Annahme einer Einigung der Vertragsparteien auf drittbestimmte Leistungsinhalte nichts im Wege. Beispiele: Verkäufer und Käufer einigen sich, dass ein Sachverständiger den Kaufpreis durch Schätzung zu bestimmen habe; der Sachverständige setzt Schadenshöhe fest und bestimmt damit den vom Ersatzpflichtigen laut Vergleichsvertrag zu leistenden Schadenersatz. Die Festsetzung der Leistung konnte schon im römischen Recht dem billigen Ermessen eines Dritten überlassen sein. Vgl. MAX KASER, Römisches Privatrecht (6.A. München 1968) 133. Die Rechtsfigur der Leistungsbestimmung durch Dritte ist m.E. mit dem Schiedsvertrag nahe verwandt.

53 BÖTTICHER, a.a.O. 19.

BÖTTICHERS Theorie der privatrechtlichen Rechtsgestaltung durch Dritte basiert auf der Annahme, die einzelnen Arbeitnehmer und Arbeitgeber hätten sich durch ihren Verbandsbeitritt der Leistungsbestimmung durch ihre Verbände in Form des Tarifvertrages unterworfen. Da sich die Unterwerfung auf einander ablösende Leistungsbestimmungen, nämlich auch auf künftige Neuabschlüsse und Änderungen von Tarifverträgen erstrecken müsste, spricht BÖTTICHER von einem «Dauergestaltungsrecht»⁵⁴ der Verbände. Weshalb sich die einzelnen Arbeitgeber und Arbeitnehmer – um die Inhaltsbestimmung des zwischen diesen bestehenden Einzelarbeitsvertrages handelt es sich hier – dadurch ihrer Möglichkeit begeben, vertraglich eine andere als die vom Dritten (Parteien des Tarifvertrages) bestimmte Leistung zu vereinbaren, vermag BÖTTICHER nicht in befriedigender Weise zu erklären. Er begründet die Unabdingbarkeit damit, dass den Tarifpartnern ein eigenes Interesse an der Einhaltung der von ihnen festgelegten Arbeitsbedingungen zukomme und eine Abweichung daher deren Einverständnis voraussetze.⁵⁵ HOFBAUER⁵⁶ weist zutreffend darauf hin, dass es sich beim Dritten lediglich um eine «Hilfsfigur» handle, weshalb der übereinstimmende Wille der Vertragsschliessenden doch wohl kaum dem blossen Interesse dieses Dritten im Konfliktfall untergeordnet sei. Es falle ferner schwer, das Günstigkeitsprinzip mit dieser Auffassung zu vereinbaren. ZÖLLNER⁵⁷ meint, die Unabdingbarkeit liesse sich allenfalls aus dem Mitgliedschaftsverhältnis jedes Gestaltungsunterworfenen gegenüber seiner Koalition herleiten, lässt die Frage aber schliesslich doch offen.⁵⁸ Stossend ist auch, dass selbst mit bestem Willen keine Einigung der betroffenen Einzelvertragsparteien ersichtlich ist, welche die Leistungsbestimmung durch den in Frage stehenden Dritten legitimiert. Die Tarifparteien nehmen ihre Gestaltungsbezugnis in vielen Fällen schon wahr, bevor sich die beiden Parteien des leistungsmässig drittbestimmten Einzelarbeitsvertrages überhaupt nur kennen. Die Theorie BÖTTICHERS wäre deshalb m.E. durch folgende Modifikation zu komplizieren: Im Verbandsbeitritt des Arbeitgebers ist ein Vertrag zugunsten Dritter inbegriffen, worin sich der beitrtrittswillige Arbeitgeber seinem Verband gegenüber verpflichtet, Arbeitnehmern, welche einem mit diesem Arbeitgeberverband kontrahierenden Arbeitnehmerverband angehören, bestimmte Arbeitsbedingungen zu gewähren. Diese im Vertrag zugunsten Dritter versprochenen Leistungen wären dann Gegenstand der Leistungsbestimmung durch die Tarifparteien.⁵⁹ Die vom betreffenden Arbeitgeber verspro-

54 BÖTTICHER, a.a.O. 20.

55 BÖTTICHER, a.a.O. 24.

56 HOFBAUER, a.a.O. 33.

57 ZÖLLNER, a.a.O. 11.

58 Weil ihm die entsprechende Konstruktion zu Recht «unrichtigkeitsverdächtig» ist.

59 Die Leistungsbestimmung würde dann aber nicht durch einen Dritten erfolgen, sondern durch den Gläubiger selbst (den Arbeitgeberverband) zusammen mit einem Dritten.

chenen Leistungen zugunsten Dritter (der betreffenden Arbeitnehmer) wären ferner mit der Bedingung verknüpft, dass die begünstigten Dritten ihrerseits die im Tarifvertrag den Arbeitnehmern auferlegten Verpflichtungen durch einen «reziproken» Vertrag zugunsten der Arbeitgeber eingehen, welche Mitglied eines mit dem Arbeitnehmerverband kontrahierenden Arbeitgeberverbandes sind oder mit dem Arbeitnehmerverband einen Firmenvertrag abschliessen. Die betroffenen Einzelvertragsparteien könnten dann selbständig die Einhaltung der tariflichen Arbeitsbedingungen durch die Gegenseite verlangen. Da dem begünstigten Dritten die versprochene Leistung aber nicht aufgezwungen werden kann, stünde es den Einzelvertragsparteien offen, abweichende Regelungen zu treffen. Die Unabdingbarkeit der tariflichen Bestimmungen bleibt auch bei dieser Konstruktion ungeklärt.

Die Rechtssatztheorien

Im diametralen Gegensatz zu den rein rechtsgeschäftlichen Erklärungsversuchen stehen die (reinen) Rechtssatztheorien. Sie sehen im normativen Teil des Tarifvertrages eine vom Rechtsgeschäft der Natur nach verschiedene Rechtssetzung. Die folglich den Parteien des Tarifvertrages zukommende Rechtssetzungsbefugnis wird indessen unterschiedlich begründet. Nach der einen Auffassung handelt es sich um Rechtssetzung kraft eigenen Rechts der Verbände (originäre Rechtssetzungsmacht), nach der anderen um Rechtssetzung kraft vom Staate abgeleiteten Rechts (derivative Rechtssetzungsmacht). Zu unterscheiden sind im wesentlichen das *Modell der Autonomie* und das *Delegationsmodell*⁶⁰.

60

Insoweit ist die von KLAUS ADOMEIT, Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht (München 1969) 127ff., vorgenommene Typenbildung übertragbar. ADOMEIT unterscheidet allerdings nicht nach dem Kriterium Rechtsgeschäft oder Rechtssatz, sondern nimmt folgende Dreiteilung vor: Er vergleicht zunächst die Regelung von Arbeitsbedingungen durch Gesamtvereinbarungen (Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung) mit einem Regelungssystem, in dem der Arbeitgeber *einseitig* den Inhalt des Arbeitsverhältnisses bestimmt. (Einseitig bestimmt ihn der Arbeitgeber durch vertragliche Setzungen, welche infolge seiner ökonomischen Übermacht keinen Widerspruch zulassen, oder durch Weisungen). ADOMEIT arbeitet dann drei unterscheidende Momente heraus: ein *individualistisches Moment* (bei der Regelung durch Gesamtvereinbarungen wird das Interesse der einzelnen Arbeitnehmer stärker zur Geltung gebracht); ein *kollektivistisches Moment* (Gewerkschaft und Betriebsvertretung behaupten ihre Eigenständigkeit und ihren Selbstwert) und ein *etatistisches Moment* (das Handeln dieser Kollektive beruht heute auf staatlichen Gesetzen). Die Regelungsbefugnis der Kollektive (Tarifpartner und Betriebspartner) lässt sich dieser Dreiteilung folgend zurückführen

- auf die Übertragung individualistischer Privatautonomie (*mandatarisches Modell*);
- auf ein Eigenrecht der Kollektive (*Modell der Autonomie*) und
- auf staatliche Ermächtigung (*delegatarisches Modell*).

Beim mandatarischen Modell handelt das Kollektiv in Vertretung der Arbeitnehmer. Das Kollektiv wirkt im Rahmen einer Vollmacht, wobei für das Innenverhältnis laut Adomeit Auftrag, Gesellschaft und vereinsrechtliche Organschaft in Betracht kommen. Die Befugnis zur Regelsetzung stamme «aus übertragener kumulierter Privatautonomie». Im Rahmen des mandatarischen Modells lasse sich mit Hilfe des Stellver-

Das *Modell der Autonomie* findet seinen Ausgangspunkt in der genossenschaftlichen Rechtslehre von OTTO VON GIERKE⁶¹. Autonomie⁶² im Sinne dieser Rechtstheorie bedeutet dem Staat vorgegebene und von ihm zu duldende originäre Rechtssetzungsmacht.⁶³ Begründet wird diese ausserstaatliche Regelungsmacht mit der historischen Entwicklung. Die Institution des Tarifvertrages sei nicht auf den Staat, sondern auf den Selbsthilfewillen und die Initiative der Arbeitnehmer zurückzuführen, welche sich zu Gewerkschaften zusammengeschlossen hätten, und zwar keineswegs auf staatliche Anregung hin. Tarifverträge und Gewerkschaften habe es schon vor ihrer Anerkennung durch den Staat gegeben. Die staatliche Anerkennung habe sogar in jahrelanger Auseinandersetzung ertrotzt werden müssen.⁶⁴ Der Tarifvertrag wurzele daher letztlich im ausserstaatlichen Raum.⁶⁵ Daraus wird abgeleitet, die tarifliche Rechtssetzungsgewalt sei deshalb nichts vom Staat Verliehenes, sondern etwas ihm Vorgegebenes. Bei dieser Betrachtungsweise setzen die Tarifparteien selbstherrlich Recht und wird ein staatliches Rechtssetzungsmonopol bestritten oder zumindest durch den Vorbehalt von Autonomiebereichen geschmälert.

Dieser Auffassung⁶⁶ wird von REHBINDER⁶⁷ zu Recht entgegengehalten, es sei unzulässig, von der faktischen Entstehung auf die normative Geltung zu schliessen. Herkunftsquelle und Qualifikationsquelle müssten unterschieden werden. Der Umstand, dass es genetisch die Verbände seien, welche das Tarifrecht setzen, widerlege doch keinesfalls die Lehre vom staatlichen Rechtsmonopol. ADOMEIT⁶⁸ führt einleuchtend aus, die Rechtsordnung behalte sich gegenüber faktisch entwickelten Institutionen vor, sie zu rezipieren oder zurückzuweisen, weshalb die Zugehörigkeit einer Institu-

tretungsgedankens zwar die unmittelbare Wirkung der tariflichen Normen herleiten, nicht aber die relativ zwingende (unabdingbare) Wirkung (S. 155f.).

61 OTTO VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht* (Leipzig 1895) 142ff. Zur Bedeutung der Genossenschaftstheorie VON GIERKES für die Dogmatik des arbeitsrechtlichen Kollektivvertrages vgl. RICHARDI, a.a.O. 15ff.

62 Zum ausserordentlich schillernden und vieldeutigen Begriff der Autonomie vgl. WOLFGANG ZÖLLNER, a.a.O. 13ff. und ADOMEIT, a.a.O. 129ff., die insgesamt neun verschiedene Deutungen des Autonomiebegriffes auseinanderhalten.

63 OTTO VON GIERKE, a.a.O. 142: «Autonomie heisst die Befugnis des Verbandes, der nicht Staat ist, sich selbst Recht zu setzen.»

64 Vgl. HOFBAUER, a.a.O. 34.

65 Vgl. zu all dem die ausführliche Darstellung von ADOMEIT, a.a.O. 134, mit entsprechenden Literaturhinweisen.

66 Sie wird vertreten von ERICH MOLLER, Anmerkung zum Urteil des BAG vom 23.3.1957 in AR-Blattei: Tarifvertrag I. B Entscheidung 1.; WILHELM HERSCHEL, Zur Rechtsnatur der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, in: Sozialreform und Sozialrecht, Festschrift für Walter Bogs (Berlin 1959) 125ff.; WALTER BOGS, Zur Entwicklung der Rechtsform des Tarifvertrages, Festschrift für Julius v. Gierke (Berlin 1950) 139.

67 MANFRED REHBINDER, a.a.O. 169.

68 ADOMEIT, a.a.O. 135f.

tion zur Rechtsordnung niemals auf der faktischen Entwicklung, sondern auf dem Akt der Rezeption beruhe. Entscheidend sei, ob eine Institution in den staatlichen Sanktionsmechanismus einbezogen sei. Der Tarifvertrag sei ein Rechtsinstitut, weil durch ihn Rechte und Pflichten erzeugt werden, die im Streitfall vor staatlichen Gerichten eingeklagt werden und zu einem staatlichen Vollstreckungsverfahren führen können.⁶⁹ Gegen die Anwendung der genossenschaftlichen Rechtstheorie zur Erklärung der Tarifwirkungen spricht ferner, dass nicht von einem einheitlichen, die Tarifparteien umschliessenden Verband ausgegangen werden kann, dessen Mitglieder einer entsprechenden Satzungsgewalt unterworfen wären.⁷⁰

Nach heute nahezu einhelliger Auffassung ist die Normsetzungsbefugnis der Tarifparteien nicht originären, sondern derivativen Charakters. Es liegt nahe, sie als eine den Tarifparteien vom Staate zur einverständlichen Ausübung übertragene Rechtssetzungsmacht zu interpretieren. Diesen Standpunkt nimmt die herrschende Lehre⁷¹ mit der *Delegationstheorie* ein. Nach ihr handelt es sich beim Tarifvertrag um einen für Dritte rechtsverbindlichen kollektiven Normenvertrag, der kraft staatlicher Delegation objektives Recht erzeugt. Die normativen Bestimmungen des Tarifvertrages stellen bei dieser Betrachtungsweise Gesetze im materiellen Sinne dar.

Lediglich als Variante der Delegationstheorie erscheint im Grunde genommen die *Integrationstheorie*. Auch sie wendet sich gegen die Annahme einer originären Rechtssetzungsmacht der Tarifparteien und führt deren Ermächtigung, objektives Recht zu setzen, auf staatliche Delegation zurück. Allerdings liegt nach dieser Auffassung nicht Delegation gesetzgeberischer Befugnis kraft eigener Entscheidung des Gesetzgebers vor, sondern verfassungsunmittelbare Autonomie. Rechtsgrundlage der arbeitsrechtlichen Normsetzungsbefugnis der Tarifparteien ist demnach die Verfassung selbst.⁷² Die Tarifparteien setzen in einer ihnen überlassenen staatsfreien Sphäre Recht; sie tun dies aber nicht kraft eigenen Rechts, nicht selbstherr-

69 ADOMEIT weist dann auf die «agreements» über Arbeitsbedingungen im englischen Tarifwesen hin, die jeglicher rechtlichen Wirkung ermangeln. Lediglich gesellschaftliche Sanktionen und Streikandrohungen halten den Arbeitgeber dort – in durchaus wirksamer Weise – dazu an, die «agreements» zu beachten.

70 Vgl. dazu ARTHUR NIKISCH, Arbeitsrecht II (Tübingen 1959) 214; M. REHBINDER, a.a.O. 169; OTTO STRENG, a.a.O. 27.

OTTO VON GIERKE, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 42, 832, führt aus, die Gemeinschaft, welche für die Beteiligten Satzungsrecht zu schaffen vermöge, brauche nicht eine Verbandseinheit zu sein, sondern es genüge bereits eine kollektive Einheit der Verbundenen.

71 Siehe unten bei N 89ff.

72 KURT H. BIEDENKOPF, Grenzen der Tarifautonomie (Karlsruhe 1964) 102ff.; HANS GALPERIN, Die autonome Rechtssetzung im Arbeitsrecht, in: Festschrift für Molitor (München und Berlin 1962) 153ff.; GERHARD SCHNORR, Inhalt und Grenzen der Tarifautonomie, JR 1966, 329f.

lich, sondern kraft Ermächtigung durch die Verfassung. Wie die Gesetzgebungsbefugnis des Staates beruht auch die Normsetzungsbefugnis der Tarifparteien nach dieser Theorie auf der Verfassung.

Die Tarifnormen als rechtsgeschäftliche Normen

REHBINDER⁷³ und RICHARDI⁷⁴ betrachten es als verfehlt, eine Antithese von Rechtssatz und Rechtsgeschäft zum Ausgangspunkt der rechtstheoretischen Einordnung arbeitsrechtlicher Kollektivnormen zu wählen. Dogmatisch wesentlich sei vielmehr, ob deren Regelung auf hoheitlicher Gewalt beruht oder im Bereiche der Privatautonomie bleibt. Sie gehen im Einklang mit neueren Erkenntnissen der Rechtsquellenlehre davon aus, dass auch im Bereiche der Privatautonomie Rechtsnormen erzeugt werden können.⁷⁵ Sie anerkennen zwar die Normqualität der tariflichen Bestimmungen und halten die Parteien des Tarifvertrages für befugt, objektives Recht zu setzen, führen diese Befugnis aber nicht auf eine verfassungsunmittelbare oder gesetzliche Delegation staatlicher Hoheitsgewalt zurück. Sie betrachten die tarifliche Normsetzung vielmehr als *«einen besonderen Fall normativer Gestaltung innerhalb der Privatautonomie»*.⁷⁶ Die *Rechtsqualität* der normativen Bestimmungen des Tarifvertrages ist auch bei dieser Auffassung eine vom Staat abgeleitete; sie besteht nur dank staatlicher Sanktionierung der von den Parteien des Tarifvertrages einverständlich gesetzten Normen.⁷⁷ Die Befugnis zur Normsetzung ist aber (im Gegensatz zur Delegationstheorie) nicht vom Staat übertragen, sondern von unten her durch einen Unterwerfungsakt der Normgebundenen selbst legitimiert, nämlich durch den Verbandsbeitritt der betroffenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber.⁷⁸ Aus dem Umstand, dass die Rechtsgeltung der Tarifnormen von diesem privatrechtl-

73 REHBINDER, a.a.O., JR 1968, 170f.

74 RICHARDI, a.a.O. 164f.

75 Insoweit stimmt ihnen auch W. Zöllner, a.a.O. 26ff., zu. Auch FRANZ-JÜRGEN SÄCKER, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, RdA 1969, 291ff. (296), anerkennt, dass zur Erklärung der autonomen Regelungsbefugnis der Tarifparteien sowohl ein *mandatarisches* als auch ein *delegatarisches* Ordnungsmodell herangezogen werden könne, nur würden dabei bessere Gründe für die Annahme eines delegatarischen Tarifvertrages sprechen.

76 RICHARDI, a.a.O. 164.

Vgl. dazu auch W. ZÖLLNER, a.a.O. 26ff., der sich eingehend mit dieser Auffassung auseinandersetzt, letztlich aber doch der Delegationstheorie den Vorzug gibt, obwohl er deren Begründung durch die herrschende Lehre nicht für ausreichend hält.

77 Vgl. dazu REHBINDER, a.a.O., JR 1968, 169: «Die Rechtsqualität – nicht jedoch die Normqualität – ist damit eine vom Staat abgeleitete.»

78 RICHARDI, a.a.O. 139f. und 143.

REHBINDER schreibt dies allerdings nicht ausdrücklich. Da er aber die Normenqualität auf die körperschaftliche Satzungs Gewalt der Verbände zurückführt, welche im Rahmen eines Normenvertrages Rechtssatzungsakte (im Bereich der Privatautonomie) vornehmen, wird ihm unterstellt, dass auch er im Verbandsbeitritt den die Normsetzungsbefugnis legitimierenden Unterwerfungsakt sieht. REHBINDERS Aufsatz darf oh-

chen Unterwerfungsakt abhängt, folgert RICHARDI⁷⁹, dass nicht hoheitlich gesetztes Recht, sondern privatautonom begründetes Recht vorliegt.⁸⁰ Angesichts dieses Erfordernisses eines rechtsgeschäftlichen Unterwerfungsaktes dürfe man ferner den «Rechtssetzungstatbestand» dogmatisch als Rechtsgeschäft ansehen.⁸¹ Das Tarifvertragsrecht zeige, dass die Privatautonomie sich nicht in der individuellen Vertragsfreiheit erschöpft, sondern auch das Recht zu regelnder Gestaltung (Fremdbindung) umfassen kann. Das dogmatische Instrumentarium zur Erfassung von Rechtsgeschäften normativen Charakters liefert seines Erachtens Böttichers Lehre vom Gestaltungsrecht.⁸²

REHBINDER⁸³ hingegen scheint auf die Lehre von JACOBI⁸⁴ zurückzugreifen, wenn er ausführt, nicht nur Einzelpersonen, sondern auch Personenverbände hätten, soweit sie rechtlich anerkannt seien, eine Privatautonomie, nämlich das Recht zur Regelung ihrer eigenen Angelegenheiten, das Recht privatautonomer Satzung. Die Befugnis der Tarifparteien zu dieser Rechtssetzung brauche deshalb nicht aus der Privatautonomie des Einzelnen hergeleitet zu werden. Das Handeln für die Verbandsmitglieder sei ein organschaftliches Handeln kraft eigenen, mit der Verleihung der Tariffähigkeit zugestandenen Rechts. Der Normsetzungsakt sei allerdings kein einheitlicher Verbandsakt, da es einen beide Sozialpartner umfassenden Arbeitsverband nicht gibt. Die Normsetzung sei vielmehr ein zwischen beiden Sozialpartnern ausgehandeltes zweiseitiges Rechtsgeschäft, eben ein Tarifvertrag. Seine normative Wirkung beruhe daher auf einer Kombination von körperschaftlicher Satzungsgewalt des Einzelverbandes und Rechtssetzung durch Vertrag.

REHBINDER und RICHARDI sehen sich nicht zuletzt deswegen zu ihren als *privatautonom-mandatarisch*⁸⁵ bezeichneten Erklärungsversuchen

nehin nicht als bis ins Detail begründeter eigener Erklärungsversuch verstanden werden; er ist vielmehr als Plädoyer für ein privatautonomes Verständnis der Tarifwirkungen zu verstehen. Sein Hauptanliegen ist, aufzuzeigen, dass nach neuerer Erkenntnis der Rechtsquellenlehre die Möglichkeit der Normsetzung durch Rechtsgeschäft nicht länger zu negieren ist und sich die Tarifpartner deshalb keineswegs im Bereiche *staatlicher* Rechtssetzung zu bewegen brauchen. Zu REHBINDERS Auffassung vgl. hinten Anm. 240.

79 RICHARDI, a.a.O. 164.

80 RICHARDI, a.a.O. 164 N 87, folgert weiter aus der Notwendigkeit eines «privatrechtlichen Sanktionierungsaktes» die Unzulässigkeit jeglicher Form einer tarifvertraglichen Regelungsgewalt über Aussenseiter.

81 RICHARDI, a.a.O. 34.

82 Sie vermöge die Ordnungsgrundsätze aufzuzeigen, unter denen die staatliche Rechtsordnung partikulären Ordnungen den Rang von objektivem Recht verleihen kann, obwohl sie nicht auf staatlicher Hoheitsgewalt beruhen (RICHARDI, a.a.O. 139).

83 REHBINDER, a.a.O., JR 1968, 170.

84 Siehe vorn bei N 34ff.

85 Vgl. HUECK/NIPPERDEY, Lehrbuch des Arbeitsrechts II/2 (7.A. Berlin und Frankfurt 1970) 1650 (Nachtrag zu Bd. II/1).

veranlasst, weil die Übertragung hoheitlicher Gewalt auf ausserstaatliche Instanzen unter Verzicht auf die Ausübung einer Staatsaufsicht verfassungsrechtlich als bedenklich erscheint. REHBINDER und RICHARDI unterstellen damit allerdings der Delegationstheorie, sie komme ohne diese Übertragung hoheitlicher Gewalt nicht aus, was jedoch ungerechtfertigt ist. Lediglich eine Variante der Delegationstheorie nimmt an, hoheitliche Gewalt werde übertragen.

Die Auffassungen von REHBINDER und RICHARDI werden oft missverstanden. Insbesondere hält man ihnen entgegen, sie wären nicht in der Lage, die unabdingbare Wirkung der Tarifnormen zu erklären. Es darf jedoch nicht übersehen werden, dass beide Autoren eine Zurücksetzung der individuellen Vertragsfreiheit gegenüber der tarifvertraglichen Regelung ohne gesetzgeberischen Eingriff nicht für möglich halten.⁸⁶ Auch sie bemühen also den Staat, den Gesetzgeber, um den tariflichen Normen unabdingbare Wirkung beizulegen.⁸⁷ Vom Staat (Tarifvertragsgesetz) stammt aber lediglich die Sanktion, die Anerkennung der gesetzlichen Regeln als Rechtsnormen, als objektives Recht, nicht aber der Regelungsauftrag selbst.⁸⁸

b) *Die Delegationstheorie im besonderen*

Die verschiedenen Varianten der Delegationstheorie haben folgenden gemeinsamen Nenner:

1. Die normative Wirkung des Tarifvertrages stellt eine dogmatische Besonderheit dar, welche sich nicht zwangslos in die herkömmlichen zivilrechtlichen Kategorien einordnen lässt.⁸⁹
2. Die Tarifparteien sind ermächtigt, objektives Recht zu setzen, und zwar aufgrund *staatlicher Delegation*. Die tariflichen Rechtsnormen sind verbindlich, weil sie auf die staatliche Hoheitsgewalt zurückzuführen sind. Ihr Geltungsgrund ist die staatliche Ermächtigung; sie legitimiert die Tarifparteien zur verbindlichen Festsetzung der Arbeitsbedingungen.⁹⁰
3. Die Privatautonomie reicht weniger weit als die Regelungsbefugnis der Parteien des Tarifvertrages. Der im freiwilligen Verbandsbeitritt zu erblik-

86 Vgl. auch ADOMEIT, a.a.O. 156.

87 REHBINDER, a.a.O., JR 1968, 169; RICHARDI, a.a.O. 139f. und 143. Dazu bedarf es keiner Modifikation, wie HOFBAUER, a.a.O. 39, annimmt.

88 ZÖLLNER, a.a.O. 16, der weiterfährt: «Offenbar bedeutet es doch einen gewissen Unterschied, ob der Staat einer sich von unten her vollziehenden Regelsetzung lediglich seinen Segen gibt oder ob er seinerseits von oben her die Regelsetzung selbst veranlasst.»

89 Das ist namentlich im Sinne einer Absage an irgendwelche Stellvertretungskonstruktionen zu verstehen. Grundlegend für diese Einsicht: HUGO SINZHEIMER, Der korporative Arbeitsnormenvertrag, Erster Teil (Leipzig 1907) 69ff.

90 Vgl. insbesondere NIPPERDEY bei HUECK/NIPPERDEY, Lehrbuch des Arbeitsrechts II/1 (7.A. Berlin und Frankfurt 1967) 349f., Fussnote 23; NIKISCH, a.a.O. 216.

kende mitgliedschaftliche Unterwerfungswille der Tarifgebundenen vermag die Rechtsgeltung der tariflichen Normen nicht selbständig zu begründen. Es bedarf dazu der staatlichen Verleihung des Normsetzungsrechts «von oben her».⁹¹ Die freiwillige Verbandszugehörigkeit ist nicht Grund der Rechtsgeltung, aber ihre Voraussetzung in einem freiheitlichen sozialen Rechtsstaat.⁹² Sie ist gesetzgeberisches Motiv für die Einschränkung des Adressatenkreises.⁹³

Die Frage, ob der Tarifvertrag ins öffentliche oder private Recht einzuordnen sei, wird von den zahlreichen Vertretern der Delegationstheorie⁹⁴ uneinheitlich beantwortet. Die früher vertretene Ansicht, der Tarifvertrag sei gänzlich dem öffentlichen Recht zuzuordnen, ist heute überholt; auf sie braucht deshalb nicht näher eingetreten zu werden.⁹⁵ Die heute vertretene öffentlich-rechtliche Variante der Delegationstheorie verweist den Tarifvertrag zum einen Teil ins öffentliche und zum andern Teil ins private Recht (Theorie der Doppelnatur). Ihr steht die privatrechtliche Variante gegenüber, welche den Tarifvertrag als Ganzes dem Privatrecht zuordnet. Als Exponenten dieser beiden Varianten werden nachfolgend die Ansichten von NIKISCH einerseits und NIPPERDEY andererseits näher geschildert.

NIKISCH⁹⁶ geht davon aus, dass die den Tarifparteien vom Staate delegierte Rechtsetzungsgewalt eine hoheitliche Befugnis darstellt. Indem sie objektives Recht setzten, das für die ihm unterworfenen Personen auch gegen ihren Willen verbindlich sei, übten die Tarifparteien hoheitliche Gewalt und damit zwangsläufig öffentlich-rechtliche Befugnisse aus. Wenn der Staat privaten Verbänden⁹⁷ hoheitliche Befugnisse übertrage, so würden

91 Abweichend allerdings WOLFGANG ZÖLLNER, Arbeitsrecht (2.A. München 1979) 74; derselbe, Die Rechtsnatur der Tarifnormen nach deutschem Recht (Wien 1966). Zöllner schliesst sich wohl der Delegationstheorie an, misst aber dennoch dem mitgliedschaftlichen Unterwerfungswillen grössere Bedeutung zu. Für ihn ist die tarifliche Regelung nicht eine von oben nach unten verlagerte Art und Weise hoheitlicher Regelung, sondern eine von unten auf die höhere Ebene der Koalitionen heraufgehobene Privatautonomie.

92 NIPPERDEY, a.a.O. 350.

93 In diesem Sinne NIKISCH, a.a.O. 261f.

Vgl. auch WIEDEMANN/STUMPF, a.a.O. N 29 zu § 1 TVG, welche ausführen: «Die Zustimmung der Mitglieder legitimiert nicht die Normsetzungsbefugnis ihnen gegenüber, sondern die legislative Tätigkeit der Berufsverbände in der Öffentlichkeit.»

94 Vgl. die Angaben bei WIEDEMANN/STUMPF, a.a.O. N 25 zu § 1 TVG, sowie die umfassenden Literaturhinweise bei HUECK/NIPPERDEY, a.a.O. 339ff.

95 Unter den rein öffentlich-rechtlichen Theorien ist namentlich HANS DECHANT, Der Kollektivvertrag nach österreichischem und deutschem Recht unter Berücksichtigung des schweizerischen Obligationenrechts (Wien, Leipzig, München 1923) 34ff., zu nennen, der im Tarifvertrag eine Rechtsverordnung sah. Vgl. dazu HANS HOFBAUER, a.a.O. 15f.

96 NIKISCH, a.a.O. 45ff., 68ff. und 213ff.

97 Trotz der ihnen verliehenen öffentlich-rechtlichen Befugnisse handele es sich bei den Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbänden nicht um öffentlich-rechtliche Körperschaften, sondern um Vereinigungen des Privatrechts. Mit der Verleihung öffentlich-

letztere damit nicht ihren öffentlich-rechtlichen Charakter verlieren. Der Gesetzgeber könne zwar frei darüber befinden, wen er mit der Befugnis zur Rechtssetzung ausstatten wolle, aber er könne dem Vorgang der Rechtssetzung nicht seinen hoheitlichen Charakter nehmen. Das Setzen von Rechtsnormen könne kein privates Rechtsgeschäft sein.⁹⁸ Der Tarifvertrag habe deshalb, obwohl er hinsichtlich seines Regelungszweckes ein einheitliches Ganzes bilde, juristisch eine Doppelnatur: er müsse zum einen Teil ins Privatrecht und zum anderen Teil ins öffentliche Recht verwiesen werden. Der Tarifvertrag sei sowohl öffentlich-rechtlicher Normenvertrag als auch privatrechtlicher Verpflichtungsvertrag der Tarifparteien.⁹⁹

Nach NIPPERDEY¹⁰⁰ gehört der Tarifvertrag als Rechtsinstitut dem Privatrecht an. Der Tarifvertrag werde zwischen privatrechtlichen Parteien, in der privatrechtlichen Form des Vertrages und zur Regelung privater Rechtsverhältnisse geschlossen. Die Annahme eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses beim Tarifvertrag scheitere daran, dass kein Hoheitsträger als solcher am Rechtsverhältnis beteiligt sei. In dieser Feststellung NIPPERDEYS manifestiert sich bereits, worin der eigentliche Unterschied zwischen den beiden Varianten der Delegationstheorie liegt. Im Grunde genommen ist es müßig, sich mit der Frage der Zuordnung zum öffentlichen oder privaten Recht auseinanderzusetzen.¹⁰¹ Entscheidend ist vielmehr, ob den Tarifparteien hoheitliche Gewalt übertragen und die tarifliche Rechtssetzungsbefugnis damit als hoheitliche Befugnis zu betrachten sei. Nach NIPPERDEY sind die Tarifnormen keine hoheitlichen Normen und liegt keine Delegation öffentlicher Gewalt an die Tarifparteien vor. Dem Fehlen der Staatsaufsicht – die Tarifparteien üben ihre Rechtssetzungsbefugnis frei von einer besonderen staatlichen Kontrolle aus, was bei der Annahme einer De-

rechtlicher Befugnisse hätten sie aber den Status *«beliehener Verbände»* und damit eine Sonderstellung erhalten. NIKISCH, a.a.O. 71.

98 So auch ERNST RUDOLF HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht* II (2.A. Tübingen 1954) 432, mit der Begründung, unsere Rechtsordnung monopolisiere die Fähigkeit, objektives, für die Betroffenen unmittelbar verbindliches Recht zu schaffen, bei den Trägern hoheitlicher Gewalt.

99 Gleicher Ansicht auch O.-H. STRING, *Tarifvertrag und Einzelarbeitsverhältnis* (Diss. Erlangen 1963) 30ff.

100 HULCK NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrechts* II. 1 (7.A. Berlin und Frankfurt 1967) 339ff.

101 H. HOFBAUER, a.a.O. 15ff., setzt sich «vorfrageweise» mit dieser Zuordnung zum öffentlichen oder privaten Recht auseinander, unter Anwendung der *Subjektionstheorie* (Frage nach dem Über- und Unterordnungsverhältnis), der *Subjektstheorie* (Träger hoheitlicher Gewalt als Zuordnungssubjekt) und der *Interessentheorie* (Überwiegen von individuellen oder kollektiven Interessen). HOFBAUER kommt dabei zum Schluss, dass nach allgemeiner Lehre nichts anderes übrigbleibe, als die Tarifnormen ins Privatrecht einzuordnen, um zu Ergebnissen zu gelangen, die den positiv-rechtlichen Gegebenheiten entsprechen. Dies gelte mindestens so lange, als diese dualistische Einteilung unserer Rechtsordnung nicht durch die Trias öffentliches Recht – Gruppenrecht (oder Sozialrecht) – Privatrecht überwunden sei.

legation öffentlicher Gewalt im Hinblick auf die Wahrung des öffentlichen Interesses bedenklich wäre – misst NIPPERDEY zurecht entscheidende Bedeutung zu. Dennoch führt er die normative Wirkung auf staatliche Delegation zurück. Den Umstand, dass die Tarifparteien kraft staatlicher Delegation befugt sind, für Dritte rechtsverbindliche Normen zu setzen, ohne dadurch zu Trägern hoheitlicher Gewalt zu werden, erklärt NIPPERDEY unter Zuhilfenahme des in seiner Bedeutung schillernden Autonomiebegriffes. Das durch den Tarifvertrag gesetzte objektive Recht betrachtet er als *autonomes Recht*.¹⁰² Diesen Begriff will er hier allerdings nicht im klassischen Sinne verstanden wissen, nicht als die einseitige Rechtssetzung eines im Staate bestehenden engeren Verbandes, sondern als die auf staatlicher Privilegierung, Habilitierung beruhende Befugnis, objektives Recht zu setzen. Es bestünden keine Bedenken, im Arbeitsrecht Autonomie auch da anzunehmen, wo der Staat durch die Verfassung¹⁰³ und das Gesetz¹⁰⁴ privatrechtlichen Verbänden in bestimmtem Umfang eine gemeinsame Rechtsschöpfungsbefugnis erschliesst. Man spreche von privater Verbandsautonomie, besser von *sozialer Autonomie* oder noch spezieller von *Tarifautonomie*. Diese Autonomie habe originäre Züge, obwohl die Träger dieser autonomen Rechtssetzungsbefugnis dieses Recht aus der Privilegierung des Staates ableiteten. Aber der Staat privilegiere nicht zu einer hoheitlichen, sondern zu einer nichthoheitlichen, einer privatrechtlichen Rechtsetzungsmacht. Der Staat bestimme, wer Träger der Autonomie sein könne, ihren sachlichen Umfang und ihren Geltungsbereich sowie die Formen, in denen sie sich betätigen könne. Durch die in § 1 TVG ausgesprochene Verknüpfung von privatrechtlichem Vertrag und Rechtsnorm weiche das Tarifvertragsrecht von der herkömmlichen Dogmatik ab, da der normale Vertrag keine Quelle objektiven Rechts sei. Die gesetzlich statuierte Verknüpfung von Vertrag und Rechtsnorm mache das *Wesen des rechtsverbindlichen Normenvertrages* aus, der in die Rechtsquellenlehre einzuordnen sei, was in der Weise zu geschehen habe, dass die Tarifverträge dem sozialen autonomen Recht zugeordnet werden.¹⁰⁵

Nach alledem erscheint die öffentlich-rechtliche Variante der Delegationstheorie als der am einfachsten verständliche Versuch, den Tarifver-

102 NIPPERDEY, a.a.O. 347f.

103 NIPPERDEY verweist hier auf Art. 9 Abs. 3 GG, der wie folgt lautet: «Das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, ist für jedermann und alle Berufe gewährleistet. Abreden, die dieses Recht einschränken oder zu behindern suchen, sind nichtig, hierauf gerichtete Massnahmen sind rechtswidrig. (...)» – Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes sowie des Bundesverfassungsgerichtes garantiert diese Verfassungsbestimmung den Koalitionen und ihren Mitgliedern unter anderem auch einen Kernbereich koalitionsmassiger Betätigung (Bestandes- und Betätigungsgarantie), vgl. z.B. BAG, AuR 1979, 381).

104 §§ 1ff. TVG.

105 NIPPERDEY, a.a.O. 347, Anm. 15.

trag dogmatisch einzuordnen. Die Annahme einer Übertragung staatlicher Hoheitsgewalt auf private Verbände ohne gleichzeitige Ausübung einer Staatsaufsicht führt jedoch zu kaum überwindbaren staatsrechtlichen Bedenken. Die tarifliche Rechtssetzung muss von staatlicher Aufsicht frei sein; das ist unbestritten. Aber auch bei der privatrechtlichen Variante muss ein Auge zugedrückt werden. Hier vermag das gleichzeitige Heranziehen der Begriffe Delegation und Autonomie nicht ganz zu überzeugen. Die Annahme einer «delegierten Autonomie» erscheint zumindest auf den ersten Blick als logisch widersprüchlich.

c) *Die in der Schweiz vertretenen Auffassungen*

Der Meinungsstreit um die Rechtsnatur des Gesamtarbeitsvertrages ist auch in der Schweiz durch die dualistische Auffassung von Vertrag und Gesetz geprägt. Im Vergleich zu Deutschland unterscheidet er sich wohl hinsichtlich Verlauf und verwendeter Terminologie; im Ergebnis aber besteht weitgehend Übereinstimmung. Kaum eine in Deutschland anzutreffende Theorie oder Argumentation, welche sich nicht auch in der Fülle der schweizerischen Literatur zu diesem Thema irgendwo finden liesse. Homogener zwar die beiden dem idealtypischen Gegensatz von Vertrag und Gesetz folgenden Fronten, weniger differenziert dafür die Argumentation. Namentlich im Lager der sogenannten Gesetzestheorie begnügt man sich nicht selten mit auffällig grosszügigen Begründungen. Ziemlich verworren ist leider die verwendete Terminologie.

Die beiden im Widerstreit stehenden Lehrmeinungen – sie können beide auf eine lange Tradition zurückblicken – unterscheiden sich dadurch, dass die eine Seite den normativen Teil des Gesamtarbeitsvertrages als einen für Dritte rechtsverbindlichen Normenvertrag kennzeichnet, worin dessen Parteien kraft gesetzlicher Ermächtigung gesetzesgleiches oder zumindest gesetzesähnliches objektives Recht für die Betroffenen setzen, während ihn die Gegenseite rein vertrags- und verbandsrechtlich qualifiziert, indem sie die gesetzlich vorgesehene Unabdingbarkeit lediglich als eine Verstärkung der verbandsinternen Mitgliedschaftspflichten interpretiert. Die erste Auffassung gilt heute als herrschend¹⁰⁶ und wird seit Jahrzehnten *Gesetzestheo-*

106 Als herrschende Auffassung bezeichnen sie z.B. HEINZ PETER BUCHLI, Zur Auslegung des Gesamtarbeitsvertrages und des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages (Diss. Bern 1969) 70; HEINZ HAUSHEER, Die Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen als gesetzgeberisches Gestaltungsmittel, ZSR 1976 II 306; PETER LIVER, Der Begriff der Rechtsquelle, ZBJV 91^{bis}, 19; O HOLER, Die Rechtsnatur des Gesamtarbeitsvertrages, SJZ 1939, 5; OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch V/2 (Zürich 1936) N 14 zu Art. 322 OR; ROBERT ZUMBÜHL, Bemerkungen zur geplanten Gesetzgebung über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit, WuR 1954, 172f.

rie genannt.¹⁰⁷ Leider birgt schon ihr Name den Keim des Missverständnisses dieser Theorie und die Gefahr überzogener Schlüsse. Die Gegenauffassung wird als *Vertragstheorie* bezeichnet.

Bevor näher auf diesen Theorienstreit eingegangen wird, sind einige Vorbemerkungen angebracht, namentlich in terminologischer Hinsicht:

Das Begriffspaar «Gesetzestheorie–Vertragstheorie» fand schon in anderem Zusammenhange Anwendung, nämlich bei der Frage nach der Rechtsnatur der Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrages in Deutschland. In der Weimarer Zeit stritt man sich darüber, welchen Einfluss der Ablauf oder die Änderung des für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages auf die Wirkungen der Allgemeinverbindlicherklärung habe.¹⁰⁸ Die Anhänger der «Gesetzestheorie» lösten die Geltung der Tarifnormen vom Tarifvertrag und banden diese unabhängig vom Schicksal des Tarifvertrags allein an das Fortbestehen der Allgemeinverbindlicherklärung, während die Vertreter der «Vertragstheorie» betonten, die Allgemeinverbindlicherklärung berühre den Tarifvertrag als Geltungsgrund der Tarifnormen nicht, weshalb diese mit Ablauf oder Änderung des Tarifvertrages für Organisierte wie für Nichtorganisierte hinfällig würden. Der Streit wurde schliesslich durch § 5 Abs. 5 des Tarifvertragsgesetzes zugunsten der «Vertragstheorie» entschieden.¹⁰⁹

In der Schweiz hat sich der Gesetzgeber zugunsten einer Mittellösung entschieden. Art. 17 des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen ordnet die Ausserkraftsetzung der Allgemeinverbindlichkeit auf den Zeitpunkt einer vorzeitigen Beendigung des Gesamtarbeitsvertrages an, verlangt aber einen *contrarius actus* der zuständigen Behörde. Die Vertragsparteien sind verpflichtet, die Behörde von der Kündigung und Aufhebung des Gesamtarbeitsvertrages sofort zu benachrichtigen, andernfalls die allgemeinverbindlichen Bestimmungen für alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer – gleich, ob diese Verbandsmitglieder oder Aussenseiter seien – bis zum Zeitpunkt, auf den die Allgemeinverbindlichkeit ausser Kraft gesetzt wird, weitergelten. Dieses sinnvolle Zugeständnis an die Rechtssicherheit ändert aber nichts daran, dass der schweizerische Gesetzgeber die Allgemeinverbindlicherklärung als Akzessorium des Gesamtarbeitsvertrages auffasst, den Vertragsparteien die Herrschaft über den

107 Auch noch in jüngster Zeit, vgl. FRANK VISCHER in: Schweizerisches Privatrecht VII/1 (Basel und Stuttgart 1977) 448f.

108 Die damals in Kraft stehende Tarifvertragsordnung (1918) hatte diese Frage offen gelassen.

Vgl. WIEDEMANN/Stumpf, a.a.O. N 9 zu § 5 TVG; HELENE THALMANN-ANTENEN, Die Allgemeinverbindlichkeit der Gesamtarbeitsverträge (Zürich 1944) 46f.; FELIX WALZ, Die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (Diss. Zürich 1947) 96ff.

109 Vgl. WIEDEMANN/Stumpf, a.a.O. N 9 zu § 5 TVG.

Vertrag belässt und sowohl den Geltungsgrund als auch die Rechtsnatur der Tarifnormen von der Allgemeinverbindlicherklärung unberührt lassen will. WALZ¹¹⁰ bezeichnete diese vom schweizerischen Gesetzgeber verwirklichte Mittellösung als «beschränkte» oder «modifizierte Gesetzestheorie». Seine Kritik, es handle sich dabei um einen schlechten Kompromiss, erscheint heute deshalb als unbegründet, weil die Behörde zur Ausserkraftsetzung auf den Zeitpunkt der vorzeitigen Beendigung des Gesamtarbeitsvertrages verpflichtet ist und die gesetzlich angeordnete Weitergeltung *alle* Arbeitgeber und Arbeitnehmer gleichermassen trifft, sowohl die Verbandsmitglieder als auch die Aussenseiter. Die Bezeichnung «modifizierte Vertragstheorie» wäre ebenso angebracht. Die gesetzlich angeordnete Weitergeltung der allgemeinverbindlichen Tarifnormen ist nichts weiter als eine Fiktion für den Fall der Säumnis der Vertragsparteien und ist aus Gründen der Rechtssicherheit im höchsten Masse erwünscht. Sie erweist sich sogar als Gebot der Gleichbehandlung, da beim automatischen Dahinfallen der Allgemeinverbindlichkeit vielleicht die Verbandsmitglieder, nicht aber die Aussenseiter in jedem Falle rechtzeitig informiert würden.¹¹¹

Im schweizerischen Recht hat man dieser für das deutsche Recht verständlichen Auseinandersetzung über das Dahinfallen der Allgemeinverbindlichkeit zurecht kaum eine eigenständige Bedeutung beigemessen. Sie wurde richtigerweise stets in den grösseren Zusammenhang der eigentlichen Kernfrage gestellt, ob die Allgemeinverbindlicherklärung privatrechtlich oder öffentlichrechtlich zu konzipieren sei. Diese Frage wurde in der Schweiz mit aller Deutlichkeit zugunsten der privatrechtlichen Konzeption entschieden.¹¹² Geltungsgrund und Rechtscharakter der Tarifnormen bleiben von der Allgemeinverbindlicherklärung unberührt: das ist entscheidend! Lediglich der persönliche Geltungsbereich der betreffenden Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages wird ausgedehnt. Die Antwort kann daher für das Schweizer Recht im Grunde genommen nur zugunsten der «Vertragstheorie» lauten.

110 FELIX WALZ, a.a.O. 99 und 101f.

111 Vgl. SCHWEINGRUBER BIGLER, a.a.O. 144; Botschaft vom 29.1.1954 zum Entwurf des Bundesgesetzes über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit, BBl 1954, 182f.

112 Botschaft vom 29. Januar 1954 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit, BBl 1954, 129f. und 171; SCHWEINGRUBER BIGLER, a.a.O. 85f., 87f. und 144; BGE 65 I 255; 98 II 208. Vgl. ferner FRIEDRICH H. HEITZER, Das kollektive Arbeitsrecht der Schweiz (Stuttgart 1964) S. 119ff.

Der in der Schweiz gebräuchliche Ausdruck «privatrechtliche Konzeption der Allgemeinverbindlicherklärung» darf nicht missverstanden werden. Die AVE als solche ist ein *Verwaltungsakt* und gehört daher dem öffentlichen Recht an. Das Bundesgericht charakterisiert die AVE in BGE 98 II 208f. als besondere Art der Rechtssetzung mit Verwaltungsverfügung (behördliche Ausdehnung des Geltungsbereichs des Gesamtarbeitsvertrages). Vgl. dazu HEINZ HAUSHEER, a.a.O. ZSR 1976 II 332ff.

Die eben geschilderte, die Rechtsnatur der Allgemeinverbindlicherklärung betreffende Kontroverse «Vertragstheorie – Gesetzestheorie» darf nun keinesfalls mit dem Meinungsstreit um die Rechtsnatur des Gesamtarbeitsvertrages selbst verwechselt werden, der in der Schweiz leider unter Verwendung identischer Bezeichnungen ausgefochten wird. Die Anhänger der «Gesetzestheorie» können im jeweils anderen Streite sehr wohl der «Vertragstheorie» das Wort reden und umgekehrt.

Die Vertragstheorie wird von verschiedenen Autoren auch als «Verbandstheorie» bezeichnet,¹¹³ was insoweit verständlich ist, als die Vertragstheorie den Gesamtarbeitsvertrag weitgehend unter dem Aspekt verbandsinterner Mitgliedschaftspflichten zu erfassen versucht. Der Begriff «Verbandstheorie» sollte jedoch in diesem Zusammenhange nicht verwendet werden; er muss vielmehr der auf SINZHEIMER¹¹⁴ zurückgehenden und heute allgemein anerkannten Theorie vorbehalten bleiben, nach welcher die Verbände selbst Vertragspartei des Gesamtarbeitsvertrages sind und diesen im eigenen Namen abschliessen. Die *Verbandstheorie* hat also ihren gefestigten Standort im Rahmen der Auseinandersetzung um die Frage der Parteien des Gesamtarbeitsvertrages und ist der auf LOTMAR¹¹⁵ zurückgehenden, in neuerer Zeit nicht mehr verfochtenen *Vertretungstheorie*¹¹⁶ gegenüberzustellen, welche davon ausgeht, dass die Verbände den Gesamtarbeitsvertrag in Vertretung ihrer Mitglieder abschliessen. Nach der *Kombinations-* oder *Kumulationstheorie* schliesslich wird der Gesamtarbeitsvertrag von den Verbänden zwar im eigenen Namen, aber gleichzeitig auch im Namen der Mitglieder abgeschlossen.¹¹⁷

Weder die Verbandstheorie noch die Vertretungs- und die Kombinationstheorie vermögen die normative Wirkung des Gesamtarbeitsvertrages zu erklären;¹¹⁸ sie befassen sich im Grunde genommen nur mit einer *Vor-*

113 So z.B. GEROLD FLEMMING, Rechtsvergleichende Untersuchungen zum Gesamtarbeitsvertrag nach deutschem, schweizerischem und österreichischem Recht (Diss. Basel 1967) 29; FRANK VISCHER, a.a.O. 449, der allerdings die üblicherweise als Vertragstheorie bezeichnete Meinung ausschliesslich «Verbandstheorie» nennt, und den Begriff «Vertragstheorie» einer anderen Auffassung vorbehält, welche aber in der Schweiz, soweit ersichtlich, kaum vertreten wurde.

Auch in der oben geschilderten Kontroverse um die Rechtsnatur der Allgemeinverbindlicherklärung wird der Begriff «Verbandstheorie» synonym mit «Vertragstheorie» verwendet. Vgl. THALMANN, a.a.O. 47f.

114 HUGO SINZHEIMER, Der korporative Arbeitsnormenvertrag (Leipzig 1907) 61.

115 PHILIPP LOTMAR, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches I (Leipzig 1902) 797ff.

116 In Deutschland ist offensichtlich in neuerer Zeit nur noch OLAF RADKE, Rechtsbeziehungen zwischen einer Tarifvertragspartei und den Mitgliedern der gegnerischen Tarifvertragspartei, AuR 1956, 273, und AuR 1957, 257, für die Vertretungstheorie eingetreten. In modifizierter Form allerdings auch THILO RAMM (siehe vorn bei Anm. 41ff.). Im Rahmen der von THILO RAMM vertretenen Differenzierungstheorie ist dies auf der Arbeitgeberseite der Fall (Vgl. vorn bei Anm. 50).

117 Vgl. auch OSER/SCHÖNENBERGER, a.a.O. N 11 zu Art. 322; HOLER, a.a.O. SJZ 1939, 2f.

frage, welche sich bestenfalls als Wegbereiter für eine rein rechtsgeschäftliche Interpretation des Gesamtarbeitsvertrages erweisen könnte, nämlich dann, wenn man sie im Sinne der Vertretungstheorie beantwortet. Im schweizerischen Recht wurde diese Vorfrage schon früh und deutlich zugunsten der Verbandstheorie entschieden.¹¹⁹

Um begrifflichen Konfusionen vorzubeugen – die Anhänger der Gesetzestheorie bekennen sich logischerweise zur Verbandstheorie –, wird in dieser Arbeit der Begriff «Verbandstheorie» ausschliesslich im eben umschriebenen Sinne verwendet, niemals aber als Synonym zum Begriff «Vertragstheorie».

Eine weitere terminologische Gefahrenquelle birgt die synonyme Verwendung der Bezeichnungen «Normentheorie» und «Gesetzestheorie».¹²⁰ Der Begriff Normentheorie sollte der Kontroverse Normentheorie/Tatbestandstheorie vorbehalten bleiben, die übrigens ihrerseits bei der Frage nach der Rechtsnatur des Gesamtarbeitsvertrages von Belang ist. Das Verhältnis von objektivem und subjektivem Recht fasste man lange Zeit als einen kontradiktorischen Gegensatz auf. Man unterschied entsprechend scharf zwischen den Entstehungsgründen des objektiven Rechts einerseits und denjenigen des subjektiven Rechts andererseits. Das Rechtsgeschäft betrachtete man lediglich als einen rechtlich bedeutsamen Tatbestand, an den das objektive Recht¹²¹ als Rechtsfolge die Entstehung, Aufhebung oder Veränderung eines subjektiven Rechts knüpft. Der im Rechtsgeschäft zum Ausdruck gelangende Wille auf eine bestimmte Rechtsfolge entfaltet nur deshalb rechtliche Wirkungen, weil das objektive Recht das Rechtsgeschäft mit seiner gewollten Rechtswirkung anerkennt.¹²² Im Gegensatz zu dieser als *Tatbestandstheorie* bezeichneten Auffassung¹²³ betrachtet die *Normentheorie*

119 Vgl. nebst vielen: BGE 40 II 518, Urteil des Obergerichtes des Kantons Schaffhausen vom 28.9.1956, SJZ 53, 125; OTTO LANG, Der Arbeitstarifvertrag, ZSR 1909, 540ff.; GEROLD FLEMMING, a.a.O. 27; HOLER, a.a.O. 2f.; OSER SCHÖNENBERGER, a.a.O. N 25ff. zu Art. 322 OR; REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht (5.A. Bern 1979) 157.

120 Vgl. z.B. FLEMMING, a.a.O. 27; OSER SCHÖNENBERGER, a.a.O. N 12 zu Art. 322 OR.

121 Hier gleichbedeutend mit Gesetz.

122 Vgl. hinsichtlich dieser auf Savigny zurückgehenden Auffassung die näheren Ausführungen bei REINHARD RICHARDI, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses (München 1968) 21f.; KLAUS ADOMEIT, Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht (München 1969) 84ff., und HANS HOFBAUER, Der Rechtscharakter der Tarifverträge und der Allgemeinverbindlicherklärung (Berlin 1974) 41ff. Als Vertreter dieser Auffassung werden namentlich WINDSCHEID, VON TUHR und ENNECERUS-NIPPERDEY genannt.

123 ADOMEIT, a.a.O. 86, erblickt den «zentralen Widerspruch der Tatbestandslehre» darin, dass «sie den bestimmenden Einfluss des rechtsgeschäftlichen Willens durch Gleichsetzung mit der Rechtsgeschäftswirkung anerkennt, jedoch trotzdem diese Wirkung nicht an den sie unmittelbar hervorruhenden Willen knüpft, sondern an die entferntere Ursache des Gesetzes». Zwar sei das Gesetz *conditio sine qua non* der Rechtsgeschäftswirkung, jedoch der verlaubliche Parteiwille die auslösende Bedingung (*conditio per quam*). Es sei gerade diese Macht des Rechtsgeschäftsurhebers, über den Eintritt und Inhalt von Rechtsfolgen zu verfügen, welche in der Tatbestandslehre keinen Ausdruck gefunden habe.

das subjektive Recht als eine dem Rechtssubjekt von der Rechtsordnung verliehene Normsetzungsbefugnis.¹²⁴ So verstanden, enthält auch das Rechtsgeschäft Normen, Rechtssätze, welche wie Gesetzesnormen Pflichten der Normadressaten und korrespondierende Rechte statuieren. Ebenso wie das Gesetz bedarf der Vertrag dabei einer vorgeordneten Geltungsanordnung, einer Ermächtigung an seine Urheber.¹²⁵ Diese Ermächtigung ist im Prinzip der Privatautonomie zu erblicken. Die Gewährung der Privatautonomie kann deshalb als Verleihung einer (umfangmässig allerdings begrenzten) Normsetzungsbefugnis an den Bürger interpretiert werden.¹²⁶

Der gleich folgenden Schilderung der beiden Theorien – Vertragstheorie und Gesetzestheorie – muss vorausgeschickt werden, dass die hier notwendigerweise gedrängte Darstellung der verschiedenen Auffassungen dem konkreten Anliegen der einzelnen Autoren nicht voll gerecht werden kann. Bei dem gewählten eher summarischen Vorgehen ist ein abschliessendes Urteil über die Auffassung eines bestimmten Autors nur nach eingehendem Studium der zitierten Arbeiten selbst möglich.

Zunächst zur *Vertragstheorie*: Nach der Auffassung der Anhänger dieser Theorie ist der Gesamtarbeitsvertrag in allen seinen Teilen ein privatrechtlicher Vertrag und nicht mehr als ein solcher; seine Wirkungen sind rein schuldrechtlicher Natur. Der Gesamtarbeitsvertrag erzeugt nach dieser Theorie kein objektives Recht. Soweit der gemeinsame Nenner. Die Frage nun, wie die einem Teil seiner Bestimmungen kraft Gesetz zukommende unmittelbare und unabdingbare Wirkung zu erklären ist, wird von den Vertretern der Vertragstheorie verschieden beantwortet.

BECKER¹²⁷ erklärt die Nichtigkeit tarifwidriger Abmachungen der Einzelvertragsparteien als Konsequenz eines inneren Mangels des Einzel-

124 So vor allem die Wiener Schule, vgl. HANS Kelsen, *Reine Rechtslehre* (2.A. Wien 1960) 262.

125 Vgl. ADOMEIT, a.a.O. 89.

126 In neuerer Zeit vertreten diese Auffassung namentlich ADOMEIT, a.a.O. 86ff.; RICHARDI, a.a.O. 26; MANFRED REHBINDER, *Die Rechtsnatur des Tarifvertrages*, JR 1968, 170, und EUGEN BUCHER, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis* (Tübingen 1965) 55ff., der allerdings deutlich zwischen rechtsgeschäftlicher Normsetzung (als «autonomer» Normsetzung) und rechtsausübender Normsetzung (als «heteronomer» Normsetzung) unterscheidet. Er weist darauf hin, dass erst die Ausübung der eingeräumten subjektiven Rechte, die Anspruchserhebung, aktuelle Verhaltenspflichten bewirkt. In der vorausgehenden rechtsgeschäftlichen (selbstverpflichtenden) Phase würden durch Willenserklärung Pflichten begründet und korrespondierende Rechte eingeräumt. Erst die Ausübung der dadurch entstandenen subjektiven Rechte durch Äusserung eines Willens stellten dann für den Verpflichteten Verhaltensnorm dar (S. 87f.).

Anderer Auffassung ist zwar ULRICH MEYER-CORDING, *Die Rechtsnormen* (Tübingen 1971) 26ff., doch anerkennt auch er, dass Verträge u.U. Rechtsnormen erzeugen (S. 29). Er sieht die Abgrenzung zwischen vertraglicher Einzelregelung und Rechtsnorm dort, wo von konkreten Regelungen zu allgemeinen und abstrakten Regeln übergegangen wird (S. 28).

127 HERMANN BECKER, *Berner Kommentar, Obligationenrecht, II. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse* (Bern 1934) N 1f. zu Art. 322 OR.

vertrages selbst. Die vom Gesamtarbeitsvertrag abweichende Einzelabrede stellt seines Erachtens einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung dar, was zur Nichtigkeit im Sinne von Art. 19/20 OR führt. Der Gesamtarbeitsvertrag ist nach Auffassung BECKERS eine im öffentlichen Interesse stehende und deshalb vom Einzelnen zu beachtende Friedensordnung. OSER/SCHÖNENBERGER¹²⁸ und HOLER¹²⁹ kritisieren diese Auffassung zurecht unter Hinweis darauf, dass das hier geltend gemachte öffentliche Interesse bestenfalls als gesetzgeberisches Motiv für die getroffene Regelung in Frage käme, nicht aber als rechtstheoretische Erklärung der Tarifwirkungen. Abgesehen davon erschienen bei dieser Auffassung die Verbände als Träger öffentlicher Funktionen – sie würden Vorschriften um der öffentlichen Ordnung willen aufstellen –, was schliesslich nach staatlicher Kontrolle und Beaufsichtigung rufen müsste. Die Verbände nehmen jedoch mit dem Abschluss von Gesamtarbeitsverträgen primär ihre eigenen Interessen, d.h. diejenigen ihrer Mitglieder wahr. Dass die auf diese Weise geschaffene Friedensordnung zugleich im öffentlichen Interesse liegt, ändert daran nichts. Ferner müsste bei der Auffassung BECKERS der Gesamtarbeitsvertrag folgerichtig seine Wirkungen auch auf die Aussenseiter erstrecken.¹³⁰

Nach VON TUHR¹³¹ entsteht durch den Gesamtarbeitsvertrag ebenfalls kein objektives Recht, sondern nur eine Verpflichtung der Parteien, welche abnormerweise durch eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit verstärkt ist. Wer einen solchen Vertrag eingehe, habe nicht nur Verpflichtungen übernommen, sondern sich der rechtlichen Möglichkeit entäussert, andere als tarifmässige Arbeitsverträge zu schliessen. Offensichtlich geht VON TUHR hier von der Vertretungstheorie¹³² aus, da es ja nicht die Vertragsparteien sind, welche sich durch den Abschluss des Gesamtarbeitsvertrages ihrer Möglichkeit begeben, tarifwidrige Arbeitsbedingungen zu vereinbaren.¹³³ Vielmehr ist es die Handlungsfähigkeit Dritter, nämlich der Verbandsmitglieder, welche beeinträchtigt wird.¹³⁴ Die Handlungsfähigkeit ist aber, wie VON TUHR¹³⁵ selbst schreibt, eine vom Gesetz normierte rechtliche Eigenschaft des Menschen und kann durch Parteiwillen weder hergestellt noch aufgehoben werden. Die Möglichkeit, Verträge von beliebigem Inhalt zu schliessen, kann weder durch einseitigen Willen des Rechtssubjektes

128 OSER/SCHÖNENBERGER, a.a.O. N 14 zu Art. 322 OR.

129 HOLER, a.a.O., SJZ 1939, 2.

130 OSER/SCHÖNENBERGER, a.a.O. N 14 zu Art. 322 OR.

131 ANDREAS VON TUHR, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts I (I.A. Tübingen 1924) § 20 N 3/4 und § 27 N 59.

132 Vgl. vorn bei Anm. 116.

133 Mit Ausnahme des Arbeitgebers beim einseitig korporativen Gesamtarbeitsvertrag (Firmenvertrag).

134 Vgl. dazu HOLER, a.a.O., SJZ 1939, 4.

135 VON TUHR, a.a.O. § 27 VI.

noch durch Verabredung aufgehoben werden.¹³⁶ VON TUHR folgert daraus nicht, dass der Gesamtarbeitsvertrag deshalb objektive Rechtssätze enthalten muss, sondern bezeichnet ihn als gesetzlich vorgesehene Ausnahme. Diese von VON TUHR vertretene Auffassung geht mit anderen Worten von der Möglichkeit einer partiellen rechtsgeschäftlichen Entmündigung auf eigenes Begehren der Beteiligten aus.

Interessant und von grösserer Bedeutung ist der von WACKERNAGEL¹³⁷ unternommene Erklärungsversuch, die gesetzlich vorgesehene Unabdingbarkeit tariflicher Bestimmungen als Verstärkung verbandsinterner Mitgliedschaftspflichten zu interpretieren. Ausgehend vom Normenvertrag sieht WACKERNAGEL im Abschluss des Gesamtarbeitsvertrages wie beim völkerrechtlichen Vertrag einen zweifachen Vorgang, nämlich:

- *einerseits* die Eingehung der Verpflichtung, den Normenkomplex des Vertrages als inneres Verbandsrecht gelten zu lassen, was ohne weiteres die Friedens- und Einwirkungspflicht einschliesse, und
- *andererseits* die kraft Gesetz zugleich mit dem formgerechten Abschluss des Gesamtarbeitsvertrages eintretende Wirkung der allgemeinen Arbeitsbedingungen als beidseitiges gleichlautendes internes Verbandsrecht; genau so, wie nach schweizerischem Bundesstaatsrecht die Genehmigung eines zwischenstaatlichen Normenvertrages mit einem auf gewisse Rechtsbeziehungen der beidseitigen Staatsangehörigen bezogenen Normenkomplex *uno actu* die Setzung dieses Normenkomplexes als innerstaatliches Recht bedeute.¹³⁸

Das Gesetz sieht nun nach WACKERNAGEL beim Gesamtarbeitsvertrag nicht nur die erwähnte Innenwirkung vor, sondern verleiht dem beidseitigen inneren Verbandsrecht zugleich eine gesteigerte Geltungskraft. Das bedeute jedoch keineswegs, dass die gesamtarbeitsvertraglichen Arbeitsbedingungen der allgemeinen bürgerlichen Rechtsordnung an die Seite zu stellen seien und dass die Verbände mit Abschluss eines Gesamtarbeitsvertrages einen Gesetzgebungsakt vollzögen. Das Gesetz mache die tariflichen Arbeitsbedingungen lediglich zu einer *privilegierten Gattung von Verbandsrecht*.¹³⁹ Dadurch würden die Verbandsmitglieder ausserstande gesetzt, einzelvertragliche Abmachungen zu treffen, die ihren «verbandsrechtlichen allgemeinen

136 VON TUHR, a.a.O. § 27 VI.

137 JAKOB WACKERNAGEL, Die Konstruktion des Gesamtarbeitsvertrages (Tarifvertrages), ZSR 1930, 189ff.

138 WACKERNAGEL, a.a.O. 218. Unter völkerrechtlichem Aspekt sind diese Ausführungen Wackernagels allerdings unpräzise. Einmal ist es nicht die Genehmigung, welche den betreffenden Normenkomplex in Kraft setzt, sondern erst die Ratifikation. Zum anderen ist festzuhalten, dass ein solcher (self-executing) Normenkomplex in der Schweiz nach ungeschriebenem Verfassungsrecht nicht als innerstaatliches Recht gilt (Transformationstheorie), sondern als Völkerrecht (Inkorporationstheorie).

139 WACKERNAGEL, a.a.O. 222.

Arbeitsbedingungen» widersprechen. WACKERNAGEL folgert weiter, insoweit seien die entsprechenden Artikel des Obligationenrechts formell nicht allein dem Dienstvertragsrecht, sondern auch dem Genossenschaftsrecht zuzurechnen, da sie die gesetzliche Grundlage für eine besondere Form der Herstellung von Verbandsrecht enthielten und dieses eigenartige Verbandsrecht mit qualifizierter Kraft ausstatteten.¹⁴⁰

Der damalige Wortlaut von Art. 323 OR gab der Auffassung WACKERNAGELS weitgehend recht.¹⁴¹ Er lautete wie folgt:

«Dienstverträge, die von auf einen Gesamtarbeitsvertrag verpflichteten Arbeitgebern und Arbeitnehmern abgeschlossen werden, sind, soweit sie den darin aufgestellten Bestimmungen widersprechen, nichtig.

Die nichtigen Bestimmungen werden durch diejenigen des Gesamtarbeitsvertrages ersetzt.»

Die Tatsache, dass von «auf einen Gesamtarbeitsvertrag verpflichteten Arbeitgebern und Arbeitnehmern» die Rede ist, könnte sehr wohl als Verweis auf verbandsinterne Mitgliedschaftspflichten interpretiert werden.

Diese Konstruktion WACKERNAGELS wurde gewissermassen zum Angelpunkt für alle späteren Erklärungsversuche im Rahmen der Vertragstheorie. Die Revision des Gesamtarbeitsvertragsrechtes bewirkte in der ersten Hälfte der Fünfziger Jahre ein eigentliches Aufblühen des Meinungsstreites. Dabei erlebte die Vertragstheorie eine Art «Renaissance», als einige junge Autoren die definitive gesetzliche Weichenstellung, welche sich im Rahmen der Vorarbeiten zu einem Bundesgesetz über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit abzeichnete, zugunsten der Gesetzestheorie schonungslos und mit viel Scharfsinn ins Korn nahmen. Als Opponenten gegen die Gesetzestheorie siedelten sie sich notgedrungen im Lager der Vertragstheorie an. Allen voran LÜSSER¹⁴², welchem sich ZUMBÜHL¹⁴³ und USTERI¹⁴⁴ anschlossen.

Schade ist, dass diese drei Autoren weitgehend am Gegner, wie er ihnen damals gegenüberstand, vorbeiaargumentierten. Sie fochten gegen eine eigentlich bereits für die damalige Zeit antiquierte Version der Gesetzestheorie, welche in den normativen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages ergänzendes staatliches Recht (Bestandteil des Obligationenrechts) sah.

140 WACKERNAGEL, a.a.O. 223. Eine solche Auffassung würde aber voraussetzen, dass Koalitionen, wollten sie dieses privilegierte Verbandsrecht setzen, sich stets in der Rechtsform der Genossenschaft konstituieren müssten.

141 Vgl. auch MARTIN USTERI, Über Verfassungswidrigkeiten im Entwurf zu einem neuen Gesamtarbeitsvertragsgesetz, SJZ 50 (1954), 272.

142 EDUARD LÜSSER, Zur Konstruktion kollektiver Verträge, SJZ 1954, 137ff. und 169ff.

143 ROBERT ZUMBÜHL, Bemerkungen zur geplanten Gesetzgebung über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit, WuR 1954, 163ff.

144 MARTIN USTERI, Über Verfassungswidrigkeiten im Entwurf zu einem neuen Gesamtarbeitsvertragsgesetz, SJZ 1954, 269ff.

Interessant ist, dass sich bei LUSSEr Stellen finden lassen, wo er sich dieses Umstandes bewusst wurde, was ihn aber nie dazu veranlasste, sich näher mit der anderen Variante der Gesetzestheorie auseinanderzusetzen.¹⁴⁵ Die dualistische Auffassung von Vertrag und Gesetz liess ihn nicht aus dem Banne, obwohl er selbst bemerkenswerte Ansatzpunkte für eine Überwindung dieser verkrampften Auffassung festhielt.¹⁴⁶ LUSSEr¹⁴⁷ schreibt wörtlich: «Gewiss steht ein solches Rechtsgeschäft, indem es gewissen anderen vorgeht, über diesen, es verfügt über ihre Gültigkeit, es erscheint, vom niederen Geschäft aus betrachtet, wie ein befehlendes <Gesetz>. Aber dieser höhere Rang bewegt sich (...) auf der Linie: nichtiger Vertrag – Naturalobligation – gewöhnliches Rechtsgeschäft – unabdingbares Rechtsgeschäft¹⁴⁸, im Sinne wachsender gesetzlich zugewiesener Rechtsfolgen, nicht in der Antithese Vertrag–Gesetz, es ist <Gesetzgebung im Rahmen des Privatrechts>, nicht im staatsrechtlichen Sinne, der uns hier einzig interessiert. – Und gewiss stimmt es ebenso, dass diese Fähigkeit zur Abdingung einzelner anderer Verträge nur vom Staate, vom Gesetzgeber zugesprochen werden kann.» Trotzdem bleibt LUSSEr bei den sich gegenseitig ausschliessenden Alternativen: privates Rechtsgeschäft, welches kein objektives Recht erzeugt, oder Gesetz im öffentlich-rechtlichen Sinne.¹⁴⁹

LUSSEr befasst sich in seinen Arbeiten zunächst weniger mit der dogmatischen Einordnung des Gesamtarbeitsvertrages als mit der Frage, ob es der normativen Wirkung überhaupt bedürfe. Sein Hauptanliegen ist der Nachweis, dass auch mit den traditionellen Rechtsinstituten auszukommen wäre, welche das Zivilrecht zur Verfügung stellt. Wie schon WACKERNAGEL misst er dem internen Verbandsbeschluss und der daraus resultierenden Mitgliedschaftspflicht entscheidende Bedeutung zu. Ihrer rechtlichen Natur nach sei letztere ebenso klagbar und vollstreckbar, wie wenn dasselbe in einem zweiseitigen Verträge niedergelegt wäre. Gläubiger der Mitgliedschaftspflicht – dessen ist sich auch LUSSEr bewusst – ist allerdings sein eigener Verband, nicht etwa der Gegenverband oder gar das einzelne Mitglied des

145 Vgl. LUSSEr, a.a.O., SJZ 1954, 175; *derselbe*, Untersuchungen zum Gesamtarbeitsvertragsrecht (Winterthur 1957) 32, wo er festhält: «Die Gesetzestheorie interessiert denn hier auch nicht weiter, solange sie den Begriff der Gesetzgebung nicht im positiv staatsrechtlichen Sinne versteht. Ein bestimmter Zweig der GAV-Doktrin tut dies aber.» Den anderen, wichtigeren Zweig behandelt Lusser jedoch nicht. Der damals vorliegende Gesetzesentwurf sowie die bundesrätliche Botschaft (BB1 1954, 125ff.) musste und durfte m.E. keineswegs im Sinne der antiquierten Variante der Gesetzestheorie verstanden werden.

146 LUSSEr, a.a.O., SJZ 1954, 175 (insbesondere Fussnote 18) und *derselbe*, Untersuchungen zum Gesamtarbeitsvertragsrecht, 32.

147 LUSSEr, Untersuchungen zum Gesamtarbeitsvertragsrecht, 34.

148 Die wichtigste Stufe in dieser Rangordnung Lussers fehlt, nämlich: das *für Dritte* unabdingbare Rechtsgeschäft (Drittverbindlichkeit). Spätestens bei dieser Stufe müsste doch das Entstehen objektiven Rechts bejaht werden.

149 LUSSEr, Untersuchungen zum Gesamtarbeitsvertragsrecht, 40.

Gegenverbandes.¹⁵⁰ Wer – wie LUSSEr – zur Ansicht neigt, die normative Wirkung sei entbehrlich, muss aber bedenken, ob es tatsächlich wünschbar wäre, die rechtliche Durchsetzbarkeit des Gesamtarbeitsvertrages von verbandsinternen Vorgängen der jeweiligen Vertragsparteien abhängig zu machen.

Auch was die unabdingbare Wirkung gesamtarbeitsvertraglicher Bestimmungen anbelangt, schliesst sich LUSSEr der Auffassung von WAKERNAGEL an. Unabdingbar sei der entsprechende Verbandsbeschluss zum Gesamtarbeitsvertrag. Die direkte Drittverbindlichkeit sei nur eine vermeintliche.¹⁵¹

ZUMBÜHL¹⁵² betrachtet die Gesetzestheorie als die herrschende Auffassung und anerkennt, dass das heute geltende Gesamtarbeitsvertragsrecht, wie es damals im Entwurf vorlag, «eindeutig auf dem Boden der Gesetzestheorie» steht, da die normative Wirkung nunmehr ohne Zweifel für die Beteiligten unmittelbar eintritt. Dennoch hält er die Auffassung Lussers für die einzig richtige Konstruktion.¹⁵³ Er fordert, der Gesamtarbeitsvertrag sei theoretisch gemäss der Vertragstheorie zu konstruieren.¹⁵⁴ Die Gesetzestheorie sei verfassungsrechtlich bedenklich und verletze die verfassungsmässige Kompetenzordnung, da die Gesetzesdelegation an Private mit aller Entschiedenheit abzulehnen sei.¹⁵⁵

Auch USTERI¹⁵⁶ sah im damals vorliegenden Revisionsentwurf die Gesetzestheorie verwirklicht. Dogmatisch richtig durchgebildet bedeute sie,

150 LUSSEr ist um Vorschläge, wie dieses Durchsetzungsproblem mit herkömmlichen zivilrechtlichen Mitteln zu überwinden wäre, nicht verlegen. Er schlägt z.B. vor, dass die Arbeitgeber den Gesamtarbeitsvertrag einzeln mit der Bemerkung «Genehmigt im Sinne von OR 38» unterschreiben. Seine Ergänzungsvorschläge brächten wohl theoretisch eine bessere Ausgangslage für die Durchsetzbarkeit des Gesamtarbeitsvertrages; man dürfte sich jedoch keine Illusionen hinsichtlich ihres praktischen Nutzens machen. Man muss sich bewusst sein, dass der Gesamtarbeitsvertrag beiderseitige Pflichten von Arbeitnehmern und Arbeitgebern statuiert. Auch jeder einzelne Arbeitnehmer müsste deshalb den Gesamtarbeitsvertrag im Sinne des oben erwähnten Vorschlages «genehmigen».

Fest steht, dass LUSSErs Ergänzungsvorschläge samt und sonders nichts an der Rechtmässigkeit allfälliger tarifwidriger Einzelabreden zu ändern vermöchten. Ein gewichtiger Nachteil im Vergleich zur gesetzlichen Positivierung der normativen Wirkung, welche den einzelnen Arbeitnehmern und Arbeitgebern einen direkten – für die Arbeitnehmer temporär auch unverzichtbaren Anspruch auf Einhaltung der entsprechenden Mindestarbeitsbedingungen verleihen. Bei alledem soll hingegen nicht ausser Acht gelassen werden, dass auch die Durchsetzung normativer Bestimmungen bei fehlendem gesamtarbeitsvertraglichem oder gesetzlichem Kündigungsschutz in Frage steht.

151 LUSSEr, Untersuchungen zum Gesamtarbeitsvertragsrecht, 30. In SJZ 1954, 176 (Fussnote 21) bejaht LUSSEr allerdings die Drittverbindlichkeit für die Zeit nach Revision des Gesamtarbeitsvertragsrechts.

152 ZUMBÜHL, a.a.O. 168f.

153 ZUMBÜHL, a.a.O. 139 Anm. 3.

154 ZUMBÜHL, a.a.O. 183f.

155 ZUMBÜHL, a.a.O. 174.

156 USTERI, a.a.O. 272.

dass durch Gesetz privaten Korporationen ein Rechtsverordnungsrecht übertragen werde, und zwar die Gewalt, zwingendes Privatrecht zu erlassen. Die Verbände handelten dann bei ihrer Rechtsetzung nicht im Rahmen ihrer Privatautonomie, sondern als Staatsorgane, genauer als Bundesorgane. Die Gesetzestheorie sei deshalb im Gegensatz zur Vertragstheorie eindeutig verfassungswidrig¹⁵⁷. Im übrigen schliesst sich USTERI der von WACKERNAGEL, LUSSER und ZUMBÜHL vertretenen Konstruktion an. Auch er ist der Auffassung, dass in den Artikeln 322/323 OR gemäss Fassung von 1912 die Vertragstheorie gesetzlich verwirklicht war. Die normative Wirkung ergebe sich direkt aus einem für den einzelnen Vertragsschliessenden gültigen *Normenverbandsbeschluss* und nur indirekt aus einem mit diesem notwendig verknüpften Normenvertrag der Verbände.¹⁵⁸

Seit der Revision des Gesamtarbeitsvertragsrechts wird die Vertragstheorie für das geltende Schweizer Recht nicht mehr vertreten,¹⁵⁹ da sich damals der Gesetzgeber unmissverständlich zur Zementierung der Drittverbindlichkeit und damit zur Gesetzestheorie bekannte, wie sich dies schon im Rahmen der Vorarbeiten, namentlich auch in der bundesrätlichen Botschaft¹⁶⁰, deutlich abgezeichnet hatte. Nach der *Gesetzestheorie*, der seit langem herrschenden Auffassung, handelt es sich beim normativen Teil des Gesamtarbeitsvertrages um einen für Dritte rechtsverbindlichen Normenvertrag, der *objektives Recht* erzeugt. Die Tarifparteien üben dabei eine ihnen kraft gesetzlicher Ermächtigung zustehende Rechtsetzungsbefugnis aus. Seiner äusseren Form nach ist der Gesamtarbeitsvertrag auch bei dieser Auffassung unbestritten ein Vertrag, seinen Wirkungen nach hingegen mehr, nämlich eine Quelle objektiven Rechts.¹⁶¹

157 USTERI, a.a.O. 274f.

158 USTERI, a.a.O. 272.

159 Mit Ausnahme LUSSERS, a.a.O. 40 Anm. 19, insoweit als er die Gesetzestheorie im Sinne der öffentlich-rechtlichen Variante versteht und nur die Alternativen privatrechtlicher Vertrag oder staatliches Gesetz behandelt.

160 BBl 1954, 125ff.

161 Diese Auffassung wurde schon im Jahre 1909 von EUGEN HUBER (Sten.Bull. Nat.Rat 1909, 595f.) vertreten. Als Anhänger der Gesetzestheorie können ferner genannt werden: OTTO ARREGGER, Die normativen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages und ihr Verhältnis zum Einzelarbeitsvertrag (Diss. Bern 1973) 71f.; GEROLD FLEMING, Rechtsvergleichende Untersuchungen zum Gesamtarbeitsvertrag (Diss. Basel 1967) 27ff.; ARNOLD GYSIN, Inhalt, Wirkungen, Anwendung und Durchsetzung des Gesamtarbeitsvertrages, ZBJV 1957, 428f.; O. HOLER, a.a.O., SJZ 1939, 4ff. (mit zahlreichen Zitaten weiterer Vertreter dieser Auffassung); HANS HUBER, Verbandsrecht und staatliches Recht, ZSGV 1949, 52ff.; WALTHER HUG, Die Gesetzgebung über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit, WuR 1954, 117ff. (v.a. 119ff., 125 u. 146f.); derselbe, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Probleme der modernen schweizerischen Demokratie, in: Helmut Duvernell, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Probleme der modernen Demokratie (Berlin 1968) 188ff.; PETER KREIS, Der Anschluss eines Aussenseiters an den Gesamtarbeitsvertrag (Diss. Bern 1973) 130f.; PETER LIVER, Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht, ZBJV 91 bis (1955) 17ff.; OSER/SCHÖNENBERGER, a.a.O. N 9ff. zu Art. 322 OR (mit zahlreichen

Die Gesetzestheorie in der Schweiz entspricht ihrer Aussage nach weitgehend der deutschen Delegationstheorie.¹⁶² Wie bei der letzteren zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Variante zu unterscheiden ist, müssen auch bei der Gesetzestheorie zwei Varianten auseinandergehalten werden.

Gesetzestheorie im eigentlichen Sinne des Wortes könnte man jene Auffassung nennen, welche die normativen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages als *staatliches* Recht betrachtet.

HOLER¹⁶³ meint, der Staat erkläre die Bestimmungen oder Vorschriften des Gesamtarbeitsvertrages unbeschrieben als Gesetz. In diesem Sinne dürfe von einer Delegation der Gesetzgebungsbefugnis an die Verbände gesprochen werden. Den Begriff «Gesetz» versteht Holer unzweifelhaft im staatsrechtlichen Sinne, da er den normativen Teil des Gesamtarbeitsvertrages ausdrücklich als *Bestandteil des Obligationenrechts* bezeichnet.¹⁶⁴

Auch WALZ¹⁶⁵ ist zu den Vertretern dieser Variante der Gesetzestheorie zu zählen. Der Gesamtarbeitsvertrag als ein Anwendungsfall der Delegation rechtssetzender Befugnis an Private ist seines Erachtens Teil des staatlichen Rechts. Die Parteien des Gesamtarbeitsvertrages¹⁶⁶ üben dabei die ihnen übertragene Funktion des Gesetzgebers aus. Durch diese beschränkte Belehnung der organisierten Wirtschaft mit gesetzgeberischer Funktion würden die Träger der Wirtschaft aufbauend und ordnend in die staatliche Ordnung eingegliedert. Beim Gesamtarbeitsvertrag würden nicht gegenseitige Interessen gegeneinander durchgesetzt oder bestenfalls abgegrenzt, sondern gleiche, gemeinsame, den Trägern der Vereinbarung übergeordnete Interessen geregelt, wodurch Gewähr dafür geboten sei, dass durch

weiteren Zitaten, worunter in unzutreffender Weise auch WACKERNAGEL als Anhänger der Gesetzestheorie figuriert); offensichtlich auch WALTER R. SCHLUEP, Überbordungsgefahren von Arbeitskonflikten (Bern 1973) 14; E. SCHWEINGRUBER, Das Arbeitsrecht der Schweiz (2.A. Zürich 1951) 80 u. 103 N 5; ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts I/1 (3.A. Zürich 1974) 144.; FRANK VISCHER, in: Schweizerisches Privatrecht VII/1 (Basel und Stuttgart 1977) 448f.; FELIX WALZ, Die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtvereinbarungen (Diss. Zürich 1947) 88; WILFRIED WITZACK, Entwicklung und Ausbau des schweizerischen Gesamtarbeitsvertragsrechts (Diss. Göttingen 1958) 98ff. u. 200; BERNARDO ZANETTI, Gesamtarbeitsvertrag und Allgemeinverbindlicherklärung, in: Schweizerische Juristische Kartothek, Ersatzkarte 841, S. 3 u. 10. Vgl. ferner BGE 40 II 518; 74 II 161; 98 II 205ff.; EVGE 1957, 121; Botschaft vom 29. Januar 1954 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit, BBl 1954, 131, sowie Bericht und Gesetzesentwurf des BIGA (Dezember 1950) 18.

162 Vgl. vorn § 8, Ziff. 2.1., lit. b.

163 O. HOLER, a.a.O., SJZ 1939, 7ff.

164 HOLER, a.a.O., SJZ 1939, 10.

165 FELIX WALZ, a.a.O. 85ff. u. 179.

166 WALZ geht fälschlicherweise davon aus, dass die Parteien des Gesamtarbeitsvertrages eine übergeordnete Vertragsgemeinschaft bilden, als deren Organ sie handeln.

dieses Mittel der berufseigenen Rechtsetzung innerhalb eines bestimmten Wirtschaftszweiges die Gerechtigkeit gleichermassen verwirklicht werde, wie das vom «ordentlichen Gesetzgeber» verlangt werde.¹⁶⁷

Zu solchen unhaltbaren Ausschweifungen ist natürlich gezwungen, wer staatliche Funktionen in den Händen Privater sieht, welche keinerlei staatlicher Beaufsichtigung unterliegen sollen. WALZ, der den gesamtarbeitsvertraglichen Normen den Charakter einer autonomen Satzung zuspricht¹⁶⁸, erkannte selbst, dass diese folglich wie ein formelles Gesetz zu veröffentlichen wären und zu ihrer Rechtsgültigkeit der staatlichen Bestätigung bedürften. Unter Hinweis auf den beschränkten persönlichen Geltungsbereich einerseits und die damals in einigen Kantonen noch vorgesehene tarifregisterliche Eintragungspflicht andererseits verzichtet er dennoch auf beides.¹⁶⁹ Wie NIKISCH¹⁷⁰ weist WALZ den Gesamtarbeitsvertrag zum einen Teil ins Privatrecht und zum anderen Teil ins öffentliche Recht.¹⁷¹

Auch ZUMBÜHL¹⁷² und USTERI¹⁷³, welche an sich Anhänger der Vertragstheorie sind, fassen die Gesetzestheorie in diesem eigentlichen Sinne auf.¹⁷⁴ USTERI behauptet, dogmatisch richtig durchgebildet bedeute die Gesetzestheorie, dass durch ein Gesetz privaten Korporationen ein *Rechtsverordnungsrecht* übertragen werde, und zwar die Gewalt, zwingendes Sonderprivatrecht zu erlassen. Es könne nicht genug betont werden, dass demnach die Verbände bei ihrer Rechtssetzung in Form des Gesamtarbeitsvertrages nicht im Rahmen ihrer Privatautonomie handelten, sondern *als Staatsorgane*, genauer als Bundesorgane.¹⁷⁵ Die Gesetzestheorie sei verfassungswidrig, weil ein so verstandener Gesamtarbeitsvertrag insbesondere der Zuständigkeitsordnung des Art. 89 BV widerspreche (Gesetzesdelegation an Private). Ferner verletze dieses Institut die Handels- und Gewerbefreiheit (BV 31).

167 WALZ, a.a.O. 93.

168 WALZ, a.a.O. 89. Er ist der Auffassung, dass das gesamtarbeitsvertraglich gesetzte Recht nur Rechtsverordnung oder autonome Satzung sein könne. Das Vorliegen einer Rechtsverordnung lehnt er deshalb ab, weil er die Verbände als staatsunabhängige wirtschaftliche Selbstverwaltungskörper anerkennt. Bei Rechtsverordnungen legifiziere die verordnende Stelle als Organ des Staates.

169 WALZ, a.a.O. 90f.

170 Vgl. vorn bei Anm. 99.

171 Vgl. WALZ, a.a.O. 91. In widersprüchlicher Weise spricht er allerdings auf S. 94 dann vom privatrechtlichen Charakter des normsetzenden Vertrages.

172 ZUMBÜHL, a.a.O., WuR 1954, 173f.

173 USTERI, a.a.O., SJZ 1954, 269ff.

174 Offensichtlich auch HEINZ PETER BUCHLI, Zur Auslegung des Gesamtarbeitsvertrages und des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages (Diss. Bern 1969), 71ff., der aber die Frage nach der Rechtsnatur des Gesamtarbeitsvertrages letztlich (S. 74) unentschieden lässt, da sich sowohl gegen die Vertrags- als auch gegen die Gesetzestheorie Argumente ins Feld führen liessen. Buchli findet sich schliesslich mit dem GAV als gesetzgeberischer Neuschöpfung ab.

175 USTERI, a.a.O., SJZ 1954, 272f.

Im weiteren Sinne zählen zur Gesetzestheorie auch diejenigen Auffassungen, welche anerkennen, dass es sich bei den normativen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages zwar um von Privaten kraft staatlicher Ermächtigung erzeugtes objektives Recht handelt, nicht aber um staatliches Recht. Die in diesem weiteren Sinne verstandene Gesetzestheorie entspricht weitgehend der von NIPPERDEY¹⁷⁶ vertretenen Variante der Delegationstheorie und unterscheidet sich von den übrigen Theorien hauptsächlich durch folgende Kriterien:

- Die *Anerkennung des Rechtssatzcharakters*¹⁷⁷ der normativen Bestimmungen unterscheidet sie von sämtlichen Varianten der Vertragstheorie.
- Im Gegensatz zu den privatautonom-mandatarischen Erklärungsversuchen¹⁷⁸ ist hier nicht der im Verbandsbeitritt zu erblickende Unterwerfungswille der Beteiligten Geltungsgrund der normativen Bestimmungen, sondern die staatliche Ermächtigung der Tarifparteien zur drittverbindlichen Normsetzung (*staatlich delegierte Rechtssetzungsbefugnis*).
- Von der Gesetzestheorie im eigentlichen Sinne schliesslich unterscheidet sich diese Auffassung durch die Annahme, dass die Tarifparteien trotz der ihnen vom Staate verliehenen Rechtssetzungsmacht nicht als Träger hoheitlicher Gewalt, geschweige denn als Staatsorgane zu betrachten sind und das von ihnen erzeugte Recht folglich *nicht-staatliches Recht* darstellt.

Die zahlreichen Vertreter der Gesetzestheorie lassen sich nicht abschliessend der einen oder anderen Variante dieser Theorie zuordnen. Nur wenige äussern sich ausdrücklich zur Frage, ob es sich bei den normativen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages um staatliches oder nichtstaatliches Recht handelt. Die meisten begnügen sich damit, den normativen Teil des Gesamtarbeitsvertrages dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht zuzuordnen.¹⁷⁹

176 Vgl. vorn lit. b) bei Anm. 100ff.

177 D.h. die Erkenntnis, dass mittels Gesamtarbeitsvertrag objektives, für Dritte verbindliches Recht erzeugt werden kann.

178 Vgl. vorn lit. a) bei Anm. 73ff.

179 Bei den meisten Autoren, welche sich zugunsten der privatrechtlichen Variante aussprechen, liegt allerdings die Vermutung nahe, dass sie die normativen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages nicht als staatliches Recht auffassen. Man muss sich aber davor hüten, diese Vermutung gleich zur Fiktion zu machen. Die Frage, ob der normative Teil des Gesamtarbeitsvertrages öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Natur sei, darf nicht mit derjenigen nach dem hoheitlichen (staatlichen) oder nicht-hoheitlichen (nicht-staatlichen) Charakter der tariflichen Normsetzung verwechselt werden. Die Tarifparteien können theoretisch auch dann privatrechtliche Normen setzen, wenn ihnen staatliche Gesetzgebungsbefugnis verliehen ist. Die Frage ist hier, ob den Verbänden mit Verleihung der Tarifautonomie hoheitliche (staatliche) Gewalt übertragen worden sei oder nicht. Sie wäre selbstverständlich zu bejahen, wenn das gesamtarbeitsvertraglich gesetzte Recht als öffentliches Recht zu qualifizieren wäre. Offen bleibt sie hingegen dann, wenn die tariflichen Normen privatrechtlicher Natur sind.

Zu den wenigen Autoren, welche sich klar im Sinne der Gesetzestheorie im weiteren Sinne äussern, indem sie den Gesamtarbeitsvertrag zwar als Rechtsquelle, aber eindeutig als nicht-staatliche Rechtsquelle qualifizieren, zählen FLEMMING,¹⁸⁰ HUG,¹⁸¹ WITZACK¹⁸² und ZANETTI.¹⁸³ Eindeutig auf dem Boden der Gesetzestheorie im weiteren Sinne steht ferner die bundesrätliche Botschaft vom 29. Januar 1954 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit.¹⁸⁴ Mit aller Deutlichkeit hat sich schliesslich das Eidgenössische Versicherungsgericht zugunsten der Gesetzestheorie im weiteren Sinne ausgesprochen. In EVGE 1957, S. 121,¹⁸⁵ führt es wörtlich aus: «Der Gesamtarbeitsvertrag ist ein Bestandteil des Privatrechtes und bleibt, obwohl er objektive Rechtsnormen setzt, ein privatrechtlicher Vertrag (BGE 74 II 161). Auch die allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen gehören dem Privatrecht an. Sie sind *kein Gesetz*, sondern stellen eine staatliche Ausdehnung des Geltungsbereiches von Normen des Gesamtarbeitsvertrages dar.» Verwirrend ist, dass das Bundesgericht später in Praxis 1973, S. 11ff., wohl festhält, durch die Allgemeinverbindlicherklärung werde lediglich der persönliche Geltungsbereich des Gesamtarbeitsvertrages ausgedehnt (privatrechtliche Konzeption), gleichzeitig aber entscheidet, der Inhalt des Gesamtarbeitsvertrages werde durch die Allgemeinverbindlicherklärung zu eidgenössischem Recht.¹⁸⁶ Wenn nämlich die allgemeinverbindlich erklärten gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen eidgenössisches Privatrecht darstellen sollen, dann sind sie es entweder schon vor ihrer Allgemeinverbindlicherklärung

180 GEROLD FLEMMING, a.a.O. 158ff., v.a. 160 (Anm. 2) und 162ff.

181 WALTHER HUG, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Probleme der modernen schweizerischen Demokratie, in: HELMUT DUVERNELL, a.a.O.

182 WILFRIED WITZACK, a.a.O. 102ff. (v.a. 104) u. 200 (Anm. 1).

183 BERNARDO ZANETTI, Gesamtarbeitsvertrag und Allgemeinverbindlicherklärung, in: Schweizerische Juristische Kartothek, Ersatzkarte Nr. 841, S. 11.

184 BBl 1954, 130ff.

185 Das Gericht hatte in diesem Entscheid zu beurteilen, ob die auf Grund eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages von einer Familienausgleichskasse ausgerichteten Familienzulagen von der AHV-Beitragspflicht befreit seien. Die Frage wurde verneint, unter Hinweis darauf, dass eine Beitragsbefreiung Zulagen voraussetze, die auf Grund kantonaler (d.h. staatlicher) Gesetzgebung zu öffentlich-rechtlichen Leistungen umgestaltet worden seien. Vgl. dazu auch SCHAEPI, Der Anspruch auf Kinderzulagen (Diss. Bern 1974). Das Problem stellt sich heute nach der Revision von Art. 6 Abs. 2 lit. d und Art. 7 lit b AHVV nicht mehr. Auch andere als solche gesetzliche Familienzulagen unterliegen nicht mehr der AHV-Beitragspflicht.

186 Verwirrend sind deshalb auch die Ausführungen von VISCHER, a.a.O. 473f., der sich einerseits auf den angeführten Bundesgerichtsentscheid beruft, andererseits aber schreibt, die behördliche AVE sei weder ein Akt der Rechtsetzung noch ein Akt der Rechtsanwendung, sondern ein Teil des Rechtsetzungsverfahrens. Das Bundesgericht selbst spricht an der selben Stelle ausdrücklich von einem «Rechtsetzungsentscheid» der zuständigen Behörde.

gewesen oder dann bewirkt die Allgemeinverbindlicherklärung eben doch mehr als nur die Ausdehnung des persönlichen Geltungsbereichs des Gesamtarbeitsvertrages.¹⁸⁷

d) *Eigene Stellungnahme*

Die sich bei jedem Versuch einer dogmatischen Einordnung des Gesamtarbeitsvertrages und dessen normativer Wirkung unausweichlich stellenden Vorfragen sind wie folgt zu beantworten:

Der normative Teil ist Quelle objektiven Rechts

Auszugehen ist von der heute unbestrittenen Erkenntnis der Verbandstheorie¹⁸⁸, dass die Parteien des Gesamtarbeitsvertrages nicht in Vertretung ihrer Mitglieder, sondern selbständig und im eigenen Namen handeln, wenn sie die tariflichen Arbeitsbedingungen vereinbaren. Tarifliche Arbeitsbedingungen zu vereinbaren bedeutet zunächst, in Form eines Kollektivvertrages Mindestbedingungen festzulegen, welche von den einzelnen Arbeitnehmern und Arbeitgebern im Einzelarbeitsverhältnis eingehalten werden sollen. Der Gesamtarbeitsvertrag erweist sich somit als Normenvertrag, und zwar als *kollektiver Normenvertrag*. Allein der Umstand, dass die hier in Frage stehenden Normen für Dritte massgebend sein sollen, also für Rechtssubjekte, welche nicht mit den Vertragsparteien identisch sind, macht den Gesamtarbeitsvertrag noch nicht zu etwas Aussergewöhnlichem. Der Gesamtarbeitsvertrag unterscheidet sich jedoch von den übrigen kollektiven Normenverträgen dadurch, dass seine normativen Bestimmungen für die beteiligten Arbeitnehmer und Arbeitgeber *unmittelbar* gelten. Er vermag Rechte zu Gunsten und Pflichten zu Lasten Dritter zu begründen, unabhängig davon, ob sich die betroffenen Dritten entsprechende Rechte und Pflichten zum eigenen Willen gemacht haben oder nicht, sei dies durch eigene Willensbetätigung oder durch Vermittlung eines Stellvertreters. Schon diese Unmittelbarkeit der normativen Wirkung verleiht den Tarifnormen den Charakter objektiven Rechts, Rechtsnormqualität.¹⁸⁹ Die normativen Bestimmungen gelten für die Normunterworfenen aber nicht nur unmittelbar, sondern auch *unabdingbar*, es sei denn, der Gesamtarbeitsvertrag selbst sehe

187 Nämlich die Transponierung des gesamtarbeitsvertraglich gesetzten Rechts in ein staatliches Gesetz.

188 Vgl. vorn bei Anm. 114ff.

189 Auch die lediglich dispositiven Tarifnormen sind daher ohne Zweifel Quelle objektiven Rechts.

etwas anderes vor.¹⁹⁰ Die mit den Normurhebern nicht identischen Normadressaten sind daher nicht nur bei fehlendem, sondern auch bei abweichendem Willen an die Bestimmungen des kollektiven Normenvertrages gebunden. Der Gesamtarbeitsvertrag erweist sich somit als *drittverbindlicher kollektiver Normenvertrag*; sein normativer Teil ist Quelle objektiven Rechts. Die Tatsache, dass der Geltungsbereich der Normen auf die beteiligten Arbeitnehmer und Arbeitgeber beschränkt ist, vermag daran nichts zu ändern. Wenn sich auch der einzelne Normadressat durch Verbandsaustritt der Normunterworfenheit (Tarifgebundenheit) entledigen kann, so ändert dies an der Wirkungsweise und Qualität der Normen selbst nichts. Niemand kann sich rechtsgeschäftlich – auch nicht durch den Eintritt in einen Verband – seiner Vertragsfähigkeit entäussern, weder gänzlich noch partiell. Nur objektives Recht vermag die Handlungsfähigkeit (und damit die Vertragsfähigkeit) einzuschränken. Der im Verbandsbeitritt zu erkennende Unterwerfungswille kann deshalb niemals ausreichender Geltungsgrund von Normen solcher Qualität sein. Die Wirkung der normativen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages kann folglich keine auf den Willen des normunterworfenen Rechtssubjektes zurückführbare Wirkung sein; sie kann nur die Wirkung objektiven Rechts sein.

Der Gesamtarbeitsvertrag ist ein Institut des Privatrechts

Auf die Gefahr hin, dass die wohl unvergängliche Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht einmal mehr zur Vermengung von Logischem und vermeintlich Logischem führen mag, soll auch diese für das positive Recht einfach unausweichliche Vorfrage nicht unbeantwortet bleiben, selbst wenn sie in ihrer Bedeutung eher über- als unterschätzt wird.¹⁹¹

Wie GYSIN¹⁹² zutreffend ausführt, eignen sich im Grunde genommen weder die Interessentheorie noch die Subjektions- und Subjektstheorie¹⁹³ zur Einteilung des Rechtsstoffes im Sinne der positiven Verfassung und Gesetzgebung. Es wäre in der Tat ein Fehler, anzunehmen, die erkenntnismässige Bedeutung der Unterscheidung der Begriffe privates und öffentliches Recht müsste zusammenfallen mit der geschichtlich überlieferten positivrechtlichen Einteilung. Das Problem der Grenzziehung zwischen Privat-

190 Angesichts der gesetzlichen Unabdingbarkeitsvermutung (OR Art. 357 Abs. 1, letzter Teilsatz) müssen dispositive Tarifnormen mittels Öffnungsklausel als solche deklariert werden.

191 Vgl. vorn bei Anm. 101.

192 ARNOLD GYSIN, Privatrecht und öffentliches Recht im Arbeitsrecht, ZBJV 87 (1951), 50ff.

193 Vgl. vorn Anm. 101.

recht und öffentlichem Recht ist ein solches des Rechtsinhaltes; die Unterscheidung ergibt sich nicht aus dem Wesen des Rechts, sondern lediglich aus dem positiven Recht.¹⁹⁴ GYSIN vollzieht die Einteilung deshalb nicht anhand einer der erwähnten wissenschaftlichen Theorien, sondern unter Anwendung eines praktisch handhabbaren Unterscheidungskriteriums. Entscheidend sei im Gebiete des Arbeitsrechts, ob eine Norm *von Amtes wegen* angewandt werde, in welchem Falle sie dem öffentlichen Arbeitsrecht zuzuweisen sei, oder ob ihr Rechtsschutz von der *Initiative des Rechtsträgers* abhängt, in welchem Falle sie zum privaten Arbeitsrecht zu zählen sei. Das Kriterium «Anwendung von Amtes wegen» ist dabei schon beim Bestehen einer behördlichen Kontrolle oder einer Strafandrohung erfüllt.¹⁹⁵

Dieses einfache Unterscheidungskriterium hat sich in der Praxis durchaus als brauchbar erwiesen. Angewandt auf die hier allein interessierende Zuordnung der gesamtarbeitsvertraglichen Normen, ergibt sich, dass diese, selbst wenn sie allgemeinverbindlich erklärt wurden, Privatrecht darstellen.¹⁹⁶

Damit steht aber erst fest, dass der Inhalt des Gesamtarbeitsvertrages kein öffentlichrechtlicher ist. Das Rechtsinstitut des Gesamtarbeitsvertrages, also die Rechtsquelle selbst, könnte dennoch einen anderen juristischen Charakter aufweisen als der Gegenstand der von ihm getroffenen Regelung.¹⁹⁷ Staatliche Gesetze und Verordnungen, welche ohne Zweifel öffentlichen Rechts sind, enthalten schliesslich auch Privatrecht, ohne dass der Rechtssetzungsakt selbst dadurch seinen öffentlichrechtlichen Charakter einbüsst.

Theoretisch denkbar wäre sowohl eine öffentlichrechtliche als auch eine privatrechtliche Konstruktion des Rechtsinstituts Gesamtarbeitsvertrag. Die Frage muss daher lauten, ob der Gesamtarbeitsvertrag nach der positiven Rechtsordnung öffentlichrechtlich oder privatrechtlich ausgestaltet worden sei.

194 Z. GIACOMETTI, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts (Zürich 1960) 93.

195 Das Kriterium «Anwendung von Amtes wegen» darf jedoch keinesfalls demjenigen des zwingenden Rechts gleichgestellt werden.

196 Das dürfte auch da zutreffen, wo eine Vertragsgemeinschaft im Sinne von Art. 357b OR und damit ein Kollektivklagerecht gegeben ist. Den Verbänden steht nur ein Feststellungsanspruch zu, während die Erhebung einer Leistungsklage der Entscheidung des einzelnen Arbeitnehmers oder Arbeitgebers vorbehalten bleibt. Die Tauglichkeit des Kriteriums «Anwendung von Amtes wegen» würde allerdings spätestens dann fraglich, wenn den Verbänden mehr als nur dieser Feststellungsanspruch zustünde. Das Gegenkriterium «Initiative des Rechtsträgers» wäre dann nämlich nicht mehr erfüllt. Wo weder das eine noch das andere Kriterium erfüllt ist, muss logischerweise etwas Drittes vorliegen. Gerade das kann es aber im positiven Recht nicht geben.

197 Insoweit ist ARTHUR NIKISCH, Arbeitsrecht II (2.A. Tübingen 1959) 217, zuzustimmen.

Die herrschende Lehre¹⁹⁸ sowie das Bundesgericht¹⁹⁹ weisen den Gesamtarbeitsvertrag als Rechtsinstitut gänzlich dem Privatrecht zu. Dies zurecht. Für die Annahme einer öffentlichrechtlichen Konstruktion bleibt bei näherer Betrachtung kein Raum. Privatrechtlich ist nicht nur der *Inhalt* des Gesamtarbeitsvertrages – er regelt private Rechtsverhältnisse, seine Normen werden, wie oben dargelegt, nicht von Amtes wegen angewandt –; privatrechtlich sind auch die *Vertragsparteien*. Tariffähig sind einzelne Arbeitgeber, deren Verbände sowie Arbeitnehmerorganisationen. Nicht nur die einzelnen Arbeitgeber, sondern auch die erwähnten Arbeitnehmer- und Arbeitgeberorganisationen sind private Rechtssubjekte.²⁰⁰ Die Koalitionen sind schon ihrer Definition gemäss privatrechtliche Vereinigungen;²⁰¹ sie sind frei gebildet, in privatrechtlicher Form organisiert und unterliegen keiner besonderen staatlichen Aufsicht. Der Staat kann sie nicht zur Erfüllung bestimmter Aufgaben zwingen. Sie unterliegen insbesondere auch keinerlei staatlichem Zwang zum Abschluss eines Gesamtarbeitsvertrages (Abschlussfreiheit).²⁰² Sie sind lediglich ermächtigt, nicht aber verpflichtet, einen Gesamtarbeitsvertrag einzugehen. Sie schliessen ihn im eigenen Interesse ab²⁰³ und sind dabei von jeglicher Staatsaufsicht und -kontrolle frei. Der Abschluss von Gesamtarbeitsverträgen kann daher keine öffentlichrechtliche Aufgabe sein. Ausschlaggebend ist ferner, dass am Gesamtarbeitsvertrag kein Träger staatlicher Hoheitsgewalt beteiligt ist, was gleich anschliessend

198 Vgl. W. HUG, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Probleme der modernen schweizerischen Demokratie, in: HELMUT DUVERNELL, a.a.O. 189; *derselbe*, Die Gesetzgebung über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit, WuR 1954, 151 u. 157; ARNOLD GYSIN, Zur Revision des Arbeitsrechts, ZSR 70, 390; *derselbe*, Inhalt, Wirkungen, Anwendung und Durchsetzung des Gesamtarbeitsvertrages, ZBJV 93 (1957) 427, *derselbe*, Privatrecht und öffentliches Recht im Arbeitsrecht, a.a.O. 81ff.; JOS. LEO SCHERRER, Öffentliches und privates Recht im Arbeitsschutz (Diss. Freiburg CH 1946) 23; SCHWEINGRUBER, a.a.O. 14 (allerdings mit Vorbehalten gegenüber dem herkömmlichen Dualismus Privatrecht/öffentliches Recht); JEAN MARCEL KOBİ, Rechtsprobleme des Normalarbeitsvertrages (Zürich 1973) 66; MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht (5.A. Bern 1979) 157, und PETER LIVER, Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht, ZBJV 91 bis (1955), 17. – Vgl. ferner Botschaft des Bundesrates zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den GAV (...), BBl 1954, 170.

199 BGE 74 II 161 («GAV als besondere Vertragsart im System des Privatrechts») u. 98 II 208 f. Auch EVGE 1957, 121.

200 Das setzt schon die Bundesverfassung voraus, die den Gesamtarbeitsvertrag nur im Zusammenhang mit seiner Allgemeinverbindlicherklärung erwähnt. W. HUG, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie (...), a.a.O. 188f.

201 M. REHBINDER, a.a.O. 146f.

202 BGE 74 II 161. Vgl. ferner E. SCHWEINGRUBER, a.a.O. 36f. Daran ändert nichts, dass das Zustandekommen von Gesamtarbeitsverträgen zum Beispiel durch Submissionsverordnungen etc. indirekt gefordert wird.

203 Vgl. vorn bei Anm. 128f. Der Abschluss von Gesamtarbeitsverträgen liegt sicherlich im öffentlichen Interesse, doch sind die Tarifparteien keineswegs verpflichtet, dieses zu wahren.

näher dargelegt wird. Dass es sich beim Gesamtarbeitsvertrag um ein reines Institut des Privatrechts handelt, kommt schliesslich auch darin zum Ausdruck, dass er im Rahmen des Obligationenrechts – als ein Stück Privatrechtskodifikation – geordnet ist.²⁰⁴

Die tarifliche Normsetzungsbefugnis beruht auf staatlicher Ermächtigung

Alle Bemühungen, die tarifliche Normsetzung als normative Gestaltung innerhalb der Privatautonomie zu erklären, müssen scheitern. Die Tarifautonomie reicht weiter als die Privatautonomie. Es ist nicht zu leugnen, dass im Bereiche der Privatautonomie Normen entstehen – Normenverträge, auch kollektive, kommen in mannigfaltiger Weise vor (z.B. Kartellvereinbarungen) –, doch sind sie von minderer Rechtsqualität; sie erreichen niemals dieselbe Wirkungsintensität wie die normativen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages. Mit den Mitteln des Stellvertretungsrechts können selbst für Dritte unmittelbar geltende, kollektive Normen konstruiert werden. Das ist zum Beispiel dann der Fall, wenn direkte Stellvertreter²⁰⁵ einen kollektiven Normenvertrag vereinbaren. Die Parteien des Gesamtarbeitsvertrages handeln jedoch im eigenen Namen, nicht als Stellvertreter der Normadressaten (Verbandstheorie). Die Grenze des Bereichs der Privatautonomie ist aber spätestens dann überschritten, wenn drittverbindliche Normen gesetzt werden. Die Unabdingbarkeit der Tarifnormen ist einer privatautonomen Deutung schlechterdings nicht zugänglich. Objektives Recht kann im Bereiche der Privatautonomie nicht erzeugt werden.²⁰⁶ Der für die Tarifgebundenheit erforderliche Verbandsbeitritt der Normadressaten möge noch so strapaziert werden: Er vermag die normative Wirkung des Gesamtarbeitsvertrages niemals zu begründen. Auch dann nicht, wenn er frei von jeglichem Zwang erfolgt. In einer Rechtsordnung, die sich zwar zur Koalitionsfreiheit bekennet, andererseits aber einen Vertragszwang im Sinne des Anschlusszwanges zulässt²⁰⁷ – die Unterscheidung zwischen Vertrags- und Organisationszwang ist im Grunde genommen fadenscheinig und bedenk-

204 W. HUG, a.a.O. 189.

205 Vgl. Art. 32 Abs. 1 OR. Dass der Dritte dabei *unmittelbar* berechtigt und verpflichtet wird, ergibt sich aus der Gegenüberstellung des direkten mit dem indirekten Stellvertreter, der gemäss Art. 32 Abs. 2 OR den Vertretenen nur unter gewissen Voraussetzungen unmittelbar binden kann.

Bei der Leistungsbestimmung durch Dritte, bei der die Vertragsparteien die Ergänzung bestimmter Vertragspunkte einem oder vielleicht mehreren Dritten übertragen, liegt m.F. auch ein Stellvertretungsverhältnis vor (im Gegensatz zum Schiedsvertrag).

206 Auch die Statuten privatrechtlicher Körperschaften enthalten kein objektives Recht. Vgl. VON TUHR PETER, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts I/1 (3.A. Zürich 1974) 144. Die Statuten einer privatrechtlichen Körperschaft sind demgemäss auch wie vertragliche Willenserklärungen auszulegen (vgl. BGE 87 II 89).

207 Vgl. Art. 356b Abs. 3 (Umkehrschluss für Nichtorganisierte).

lich²⁰⁸ –, erschiene es ohnehin als unangebracht, dem Verbandsbeitritt zu grosse Bedeutung beizumessen.²⁰⁹ Der Verbandsbeitritt ist nicht der Geltungsgrund der tariflichen Normen, sondern das Minimum dessen, was der Gesetzgeber voraussetzen muss, wenn er privaten Körperschaften die Befugnis verleihen will, zwingende objektive Rechtsnormen für die parteien des Einzelarbeitsvertrages zu setzen. Wo er auch dieses Mindestanfordernis der Verbandszugehörigkeit fallen lässt, hält er eine Mitwirkung und Kontrolle des Staates nicht länger für entbehrlich (Allgemeinverbindlicherklärung).²¹⁰

Die normative Wirkung des Gesamtarbeitsvertrags lässt sich nicht aus der Privatautonomie der Normunterworfenen (Einzelvertragspartner) herleiten. Bei der tariflichen Normsetzungsbefugnis kann es sich nur um eine auf staatlicher Ermächtigung beruhende Befugnis handeln. Dieses Ergebnis stimmt mit der in der Schweiz herrschenden Auffassung überein.²¹¹

Nicht Delegation staatlicher Hoheitsgewalt, sondern Zugeständnis autonomer Satzungsgewalt

Kein Zweifel, dass der Staat mittels eigener Erlasse die Arbeitsbedingungen in weitergehendem Masse selbst und direkt regeln könnte, anstatt sie teilweise der sozialpartnerschaftlichen Normierung zu überlassen. Da der Gesetzgeber unter gewissen Voraussetzungen Rechtssetzungsbefugnisse

208 Im Zuge der Vorarbeiten zum heute geltenden Gesamtarbeitsvertragsrecht und in der parlamentarischen Beratung wurde denn auch zu Recht ein Verbot des Anschlusszwanges gefordert, leider nur mit dem Teilerfolg, dass der Anschlusszwang wenigstens gegenüber Andersorganisierten unter gewissen Voraussetzungen unzulässig ist. Vgl. W. HUG, Die Gesetzgebung über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit, WuR 1954, 142f.

209 Wenn ULRICH MEYER-CORDING, Die Rechtsnormen (Tübingen 1971), 47 und 74f., die Tarifnormen als «akzeptierte Rechtsnormen» und «Wahl- oder Statusnormen» bezeichnet, um daraus abzuleiten, es *fehle* bei ihnen das Element der Oktroyierung (S. 47), dann läuft er Gefahr, die gesetzgeberische Verleihung der unmittelbaren und unabdingbaren Wirkung zu unterschätzen. Durch den Verbandsbeitritt anerkennt man nicht die tariflichen Rechtsnormen, sondern begibt man sich in den Kreis derer, welche den tariflich oktroyierten Rechtsnormen ausgesetzt sind.

210 Und dennoch lässt der Gesetzgeber leider den Vertragszwang in Form des Anschlusszwanges zu!

211 Vgl. ARREGGER, a.a.O. 72; W. BURCKHARDT, Gedanken eines Juristen zum Korporationenstaat, ZBJV 70 (1934), 127f.; FLEMMING, a.a.O. 29 und 31; GYSIN, a.a.O., ZBJV 1957, 428f.; HEINZ HAUSHEER, Die Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen als gesetzgeberisches Gestaltungsmittel, ZSR 1976, 309; HANS HUBER, Verbandsrecht und staatliches Recht, ZSGV 1949, 57; W. HUG, a.a.O. WuR 1954, 119f. und 125; *derselbe*, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie (...), a.a.O. 188f.; LIVER, a.a.O. ZBJV 91 bis, 19; OSER/SCHÖNENBERGER, a.a.O. N 12 zu Art. 322 OR; M. REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht (5.A. Bern 1979) 157; WALTER R. SCHLUEP, Überordnungsgefahren von Arbeitskonflikten (Bern 1973) 14; HELENE THALMANN-ANTENEN, Die Allgemeinverbindlichkeit der Gesamtarbeitsverträge (Zürich 1944) 33ff.; VISCHER, a.a.O. 448; WALZ, a.a.O. 88; WITZACK, a.a.O. 102ff. Vgl. ferner BGE 74 II 161, 98 II 208f. sowie Botschaft zum Entwurf eines BG über den GAV (...), BBl 1954, 161.

delegieren kann, ist zu untersuchen, ob die staatliche Ermächtigung zur tariflichen Normsetzung als eine Delegation staatlicher Rechtssetzungsbefugnisse aufzufassen sei. Ihrer Wirkung nach unterscheiden sich die tariflichen Normen jedenfalls nicht von staatlichem Recht; sie stellen objektives Recht dar, grundsätzlich sogar zwingendes.²¹² Der Umstand, dass es sich dabei um vertraglich gesetztes Recht handelt, schliesst das Vorliegen staatlichen Rechts nicht aus, da auch der Staat selbst sich zuweilen bei der Erzeugung staatlichen Rechts der Vertragsform bedient. Das trifft insbesondere beim rechtssetzenden Staatsvertrag zu.²¹³

Schon die Rechtsfigur der Gesetzesdelegation an sich, ja die Vorstellung einer grundsätzlichen Übertragbarkeit staatlicher Rechtssetzungskompetenzen überhaupt, erscheint unter dem Gesichtspunkt des Rechtsstaates als fragwürdig. Ihre Verfassungsmässigkeit – zumindest, was ihren Hauptanwendungsfall, nämlich die Übertragung von Kompetenzen des Gesetzgebers auf die Exekutive, anbelangt – ist in der Schweiz vor allem von GIACOMETTI²¹⁴ und seinen Schülern bestritten worden, da sie eine unstatthafte Änderung von verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsvorschriften durch Gesetz bedeute, gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung verstosse und das Recht des Volkes auf Mitwirkung bei der Rechtssetzung beeinträchtige. Nach heute überwiegender Ansicht ist die Gesetzesdelegation aber gestützt auf Verfassungsgewohnheitsrecht zulässig.²¹⁵

212 Die Tatsache, dass das zwingende Recht des Bundes und der Kantone gemäss Art. 358 OR den Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages vorgeht, ändert daran nichts. Das ist eine Frage der Rangordnung, nicht eine solche der Wirkungsweise.

213 Zu nennen sind auch (rechtssetzende) interkantonale Konkordate und allenfalls kommunale Zweckverbände oder Regionalverbände.

Die oft gestellte Frage, ob der Gesamtarbeitsvertrag Vertrag oder Gesetz sei, ist missig. Sie kann nicht weiterhelfen, da sie von der Blindheit einer endlich zu überwindenden dualistischen Konzeption geprägt ist. Der Gesamtarbeitsvertrag unterscheidet sich von den idealtypischen Ausprägungen beider. Es wäre unlogisch, zu behaupten, er wäre kein Vertrag. Im Unterschied zum «normalen» Vertrag wirkt er jedoch nicht nur inter partes. Mit dem Gesetz im idealtypischen Sinne hat er wohl seine Wirkung gemein, nicht aber sein Zustandekommen. Je nach Definition der Begriffe «Vertrag» und «Gesetz» lautet die Antwort deshalb verschieden.

214 Z. GIACOMETTI, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone (Zürich 1941) 492ff.; FELDER, GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht (Zürich 1949) 800f. Vgl. ferner die von GEORG MÜLLER, Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung (Basel und Stuttgart 1979) 179f. (Fussnote 228), zitierten Autoren.

215 GEORG MÜLLER, a.a.O. 180. MÜLLER selber (S. 187ff.) hält die Konstruktion einer Delegation zur Begründung der Verordnungskompetenz der Exekutive für entbehrlich. Die «Delegationsdoktrin» gehe von einer verfehlten Betrachtungsweise des Verhältnisses von Gesetzgeber und verordnungsberechtigter Behörde aus. Verordnungen würden nicht auf einer «Ermächtigung» oder «Delegation» des Gesetzgebers beruhen. Es sei vielmehr die Verfassung, welche die Regelungen zuteilt: dem Gesetzgeber die wichtigen, dem Verordnungsgeber die weniger wichtigen. Die von der Verfassung verliehenen Kompetenzen dürfe der Gesetzgeber nicht delegieren. Der Exekutive stehe von Verfassung wegen das Recht zum Erlass aller weniger wichtigen Rechtsnormen zu. Der Gesetzgeber befinde aber darüber, welche Regelungen von grosser Trag-

Eine Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen braucht nicht notwendigerweise an die Exekutive zu erfolgen. Insbesondere können auch selbständige und unselbständige Anstalten oder Organisationen ausserhalb der Verwaltung aufgrund einer Delegation zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigt werden.²¹⁶

Zu nennen ist zum Beispiel die Schweizerische Genossenschaft für Getreide- und Futtermittel (GGF), welcher die Erfüllung gewisser öffentlich-rechtlicher Aufgaben übertragen ist. Der Bund könnte die darauf bezügliche Ordnung direkt schaffen und die zu erfüllenden Aufgaben durch bundeseigene Behörden besorgen. Das Bundesgericht führt dazu in BGE 97 I 296 wörtlich aus: «Es waren Erwägungen handelspolitischer Art und technischer Zweckmässigkeit, welche die Eidgenossenschaft bewogen, mit der Durchführung dieser Aufgaben eine öffentlich-rechtliche Körperschaft zu betrauen und die Normierung wichtiger Durchführungsfragen deren – allerdings durch ein Eingriffsrecht des EVD beschränkten – autonomen Regelung durch die Statuten zu überlassen. Obwohl diese als autonomes Recht des Verbandes erscheinen, handelt es sich in Wirklichkeit bei den in ihnen enthaltenen Normen um auf dem Wege der Delegation geschaffenes Bundesrecht, mindestens soweit es sich um die Erfüllung der der GGF übertragenen öffentlichen Aufgaben handelt.» Wohlverstanden, bei der GGF handelt es sich – im Gegensatz zu den Verbänden des kollektiven Arbeitsrechts – um eine *öffentlich-rechtliche* Körperschaft, nämlich um eine Genossenschaft im Sinne von Art. 829 OR, für die das öffentliche Recht des Bundes massgebend ist.

Staatliche Aufgaben können schliesslich auch an Private delegiert werden. Möglich sind sogar eigentliche Delegationen von Rechtsetzungsbe-

weite seien und welche nicht, indem er seine eigene Normsetzung mehr oder weniger dicht halte (Regelungsdichte). Wenn er eine Regelung dem Verordnungsgeber zuweise, sei dies nicht im Sinne einer «Übertragung» eigener Befugnisse zu verstehen, sondern im Sinne einer präzisierenden Kompetenzabgrenzung.

Die Gesetzesdelegation an die Exekutive ist laut Rechtsprechung des Bundesgerichtes an folgende Voraussetzungen gebunden (vgl. IMBODEN/RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung I (Basel und Stuttgart 1976) 380f.; BGE 103 I a 376ff.):

- a) Es darf keine Verfassungsbestimmung die Delegation untersagen.
- b) Die Delegationsnorm muss in einem dem Referendum unterstehenden Erlass enthalten sein, wenn die gestützt auf die Delegation zu ergreifenden Massnahmen, wären sie von der Legislativbehörde selber beschlossen worden, dem Referendum hätten unterstellt werden müssen.
- c) Die Delegation der Befugnis zur Rechtsetzung muss auf eine bestimmte Materie beschränkt sein.
- d) Ermächtigt die Delegationsnorm zu Eingriffen in Freiheit und Eigentum, muss sie in grundsätzlicher Hinsicht Inhalt, Zweck und Ausmass der übertragenen Rechtssetzungsbefugnis bestimmen, wobei bei schweren Eingriffen in die Rechtsstellung des Bürgers in den wesentlichen Fragen klare Richtlinien aufzustellen sind.

fugnissen an Private bzw. private Institutionen.²¹⁷ Es leuchtet ein, dass derartigen Übertragungen hoheitlicher Aufgaben und Befugnisse an Private Grenzen gesetzt sind, und zwar engere als jene, welche bei einer Delegation derselben Funktionen an staatliche Organe und öffentlich-rechtliche Körperschaften zu beachten wären. IMBODEN/RHINOW²¹⁸ nennen in Auswertung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Voraussetzungen, welche bei einer Delegation von *Verwaltungsbefugnissen* an Private zu beachten sind, nämlich folgende:

- a) Die Delegation bedarf der *gesetzlichen Grundlage*.
- b) Die *private Organisation bedarf in Teilbereichen der öffentlich-rechtlichen Ordnung*. Ihre Funktion kann nicht ganz der privaten Initiative überlassen sein; es muss sichergestellt werden, dass die Einrichtung dem öffentlichen Interesse einwandfrei dienen kann.
- c) Eine *Staatsaufsicht* ist unerlässlich; damit hat sich eine gewisse Einordnung in die öffentliche Verwaltung zu vollziehen.
- d) Die *Gleichberechtigung* aller Bürger muss gesichert sein; die Institution hat allen Berechtigten zur Verfügung zu stehen, was voraussetzt, dass die betreffende Aufgabe *allgemein* übertragen wird.

Diese bei der Übertragung von Verwaltungsbefugnissen zu beachtenden Bedingungen sind sicherlich das Minimum dessen, was bei jeglicher Delegation hoheitlicher Aufgaben an Private zu beachten ist. Bei Übertragungen von *Rechtssetzungsaufgaben* an Private müssen mindestens noch diejenigen Schranken hinzukommen, welche einer Gesetzesdelegation an staatliche Organe gesetzt sind. Es muss ferner garantiert sein, dass das solchermassen von Privaten erzeugte staatliche Recht den an staatliches Recht gestellten Anforderungen gerecht wird, sowohl inhaltlich als auch formell (Publikation etc.). FLEINER²¹⁹ erwähnt als Beispiel einer eigentlichen Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen an Private Art. 121^{quater} der Verordnung über die Erstellung, den Betrieb und den Unterhalt von elektrischen Starkstromanlagen²²⁰, wonach der Schweizerische Elektrotechnische Verein über die Durchführung der Prüfungen und Nachprüfungen ein Reglement aufstellen kann, das allerdings der *Genehmigung* des Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartementes bedarf. Den entsprechenden Reglementen kommt Verordnungscharakter zu.²²¹ Nach Fleiner müssen sich derartige Übertragungen von Rechtssetzungsaufgaben an Private auf *kleine, vor allem techni-*

217 THOMAS FLEINER, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts (Zürich 1977) 445f.

218 IMBODEN/RHINOW, a.a.O., Bd. II, 1139f.

219 FLEINER, a.a.O. 445ff.

220 SR 734.2.

221 Beispiel: Reglement für die Prüfung der elektrischen Installationsmaterialien und Apparate sowie für die Erteilung des Sicherheitszeichens (SR 734.231).

sche Bereiche beschränken. Sicherzustellen sei ferner die Aufsicht der Verwaltung, die durch die *Genehmigung* die entsprechende Verordnung zu einer solchen des Bundes machen könne. Als Grundsatz, der für jede Heranziehung Privater zur Verwirklichung staatlicher Aufgaben massgebend sein muss, gilt laut FLEINER,²²² dass sich der Private, wenn er sich am Staate beteiligt und demzufolge am staatlichen Gewaltmonopol teilnimmt, die von der Verfassung und dem Verwaltungsrecht begründeten Grundsätze und Schranken staatlicher Machtausübung zu beachten hat. Dem kann nur beigepflichtet werden. Durch eine Delegation seiner Aufgaben an Private kann sich der Staat niemals der ihm selbst gesetzten Schranken entledigen²²³; er hat vielmehr sicherzustellen, dass sie der Private bei der Ausübung der ihm übertragenen staatlichen Befugnisse einhält. Das erfordert zumindest eine Staatsaufsicht und bei einer Delegation rechtssetzender Befugnisse wohl regelmässig die staatliche Genehmigung der entsprechenden Erlasse.

Angesichts dieses Ergebnisses, dass eine Gesetzesdelegation an Private – will man sie überhaupt trotz gewichtiger Bedenken zulassen – nur in sehr engen Grenzen zulässig sein kann und eine Staatsaufsicht oder gar die staatliche Genehmigung der entsprechenden Erlasse unentbehrlich ist, liegt es auf der Hand, dass die tarifliche Normsetzungsbefugnis keine auf einer Gesetzesdelegation an Private beruhende Befugnis zum Erlass staatlichen Rechts sein kann. Die tarifliche Normsetzung vollzieht sich frei von staatlicher Aufsicht und Kontrolle. Wenn der Staat die Tarifparteien ermächtigt hat, selbst Mindestarbeitsbedingungen mit der Wirkung objektiven Rechts zu setzen, so hat er ihnen damit nicht die Erledigung seiner eigenen Aufgaben übertragen, sondern ihnen, unter Vorbehalt des im öffentlichen Interesse gesetzten zwingenden staatlichen Rechts, die Regelung der Arbeitsbedingungen überlassen. An die Stelle einer weitergehenden staatlichen Regelung tritt diejenige der Sozialpartner selbst, ihre autonome Friedensordnung, das Resultat ihrer eigenen Auseinandersetzung, in welche sich der Staat nicht einmischen will. Der Staat hat also nicht seine eigenen Rechtssetzungsbefugnisse delegiert, sondern die Tarifparteien zu autonomer, nicht-staatlicher Rechtssetzung privilegiert; er hat sich *zurückgezogen*. Die Annahme, die Verbände seien zu staatlicher Rechtssetzung befugt worden, ohne jenes Korrelat der staatlichen Beaufsichtigung, ist abwegig. Eine derart weitgehende Delegation staatlicher Rechtssetzungsaufgaben an Private sprengt jeglichen vernünftigerweise denkbaren Rahmen. Ihre Verfassungswidrigkeit wäre offensichtlich.

222 FLEINER, a.a.O. 446.

223 Die Schranken werden von der Delegation ebenfalls erfasst. *Nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet.*

Beim normativen Teil des Gesamtarbeitsvertrages kann es sich deshalb nicht um auf dem Wege der Gesetzesdelegation an Private entstandenes staatliches Recht handeln. Es muss vielmehr eine *besondere Art autonomer Satzung* vorliegen. Die Besonderheit liegt darin, dass nicht-staatliches Recht erzeugt wird, und zwar durch jemanden, der nicht wie etwa die Gemeinden primär, sondern erst sekundär mit Rechtssetzungsgewalt begabt ist. Ein besonderes Merkmal stellt ferner der Umstand dar, dass die vorliegende Art autonomer Satzung das gegenseitig einverständliche Zusammenwirken zweier ebenbürtiger sich als «Widersacher» gegenüberstehender Parteien mit primär gegensätzlichen Interessen erfordert. Das hier in Frage stehende autonome Recht wird nicht innerhalb ein und desselben Verbandes gesetzt, sondern von zwei Parteien, die Träger einer entsprechenden staatlichen Ermächtigung sind, ausgehandelt.²²⁴ «Gesetz» ist erst das, worüber sich die normsetzungsfähigen und grundsätzlich im Widerstreit stehenden Parteien geeinigt haben, ein Teil der Bedingungen ihrer temporären Befriedigung.

Ogleich es an einem beide Tarifparteien umfassenden (staatlichen) Herrschaftsverband mangelt, obgleich es sich bei der hier in Frage stehenden Rechtssetzungsbefugnis um eine sekundäre, vom Gesetzgeber verliehene Befugnis handelt und obgleich nicht-staatliches Recht erzeugt wird, ist es angebracht, von autonomer Satzung zu sprechen.

Träger der tariflichen Normsetzungsbefugnis sind Verbände.²²⁵ Es stünde ihnen frei, mittels rein schuldrechtlich wirkendem kollektivem Normenvertrag entsprechende Mindestarbeitsbedingungen, welche für ihre Mitglieder gelten sollen, zu vereinbaren. Korrespondierende interne Verbandsbeschlüsse und Einwirkungspflichten würden auch in diesem Falle zu einer Ordnung führen, deren Adressatenkreis die Mitglieder *beider* Verbände sind. Dank ihrer vom Gesetzgeber verliehenen Rechtssetzungsbefugnis steht es nun aber im Belieben der Verbände, die erwähnte Ordnung mit der Wirkung und Verbindlichkeit objektiven Rechts auszustatten, wenn sie sich darauf einigen können. Man mag die tarifliche Normsetzungsbefugnis als eine den beiden Verbänden nur *gemeinsam* zustehende Befugnis betrachten oder aber als eine jedem Verband zustehende Befugnis, für den eigenen Mitgliederkreis mit dem Tarifpartner ausgehandeltes Recht zu setzen, das sich allerdings erst und nur dann entfalten kann, wenn ein Mitglied des einen Verbandes in ein Vertragsverhältnis mit einem Mitglied des korrespondierend rechts-

224 Gewiss wirken auch im staatlichen Gesetzgebungsverfahren mehrere «Parteien» zusammen (Verwaltung, Parlament und Volk), aber innerhalb ein und desselben Verbandes (nur auf verschiedenen Ebenen) und mit primär konzentrischem Interesse.

225 Einmal abgesehen davon, dass beim einseitig-korporativen Gesamtarbeitsvertrag auf Arbeitgeberseite auch nur einzelne oder mehrere Arbeitgeber tariffähig sind. Auf Arbeitgeberseite werden in jedem Falle aber ohnehin nur die Parteien des Gesamtarbeitsvertrages selbst gebunden.

setzenden Gegenverbandes tritt:²²⁶ In beiden Fällen erscheint es als angebracht, die tarifliche Normsetzungsbefugnis als Satzungsgewalt zu bezeichnen, da eine den Mitgliederkreis beider Verbände gemeinsam bindende Ordnung entsteht.

Die Annahme, der normative Teil des Gesamtarbeitsvertrages stelle *staatliches* Recht dar, würde voraussetzen, dass entweder eine Gesetzesdelegation vorläge²²⁷ oder aber Rechtssetzung durch innerstaatliche Herrschaftsverbände mit primärer Rechtssetzungsgewalt.²²⁸ Auch die zweite dieser beiden Voraussetzungen ist aber beim Gesamtarbeitsvertrag nicht gegeben, da die Träger der tariflichen Normsetzungsbefugnis private Verbände sind, deren primäre Befugnis die Privatautonomie ist.²²⁹ Das von ihnen gesetzte Recht kann deshalb nur nicht-staatliches Recht sein. Dennoch beruht dessen Rechtsqualität auf gesetzlicher Ermächtigung. Die Rechtssetzungsbefugnis dieser privaten Verbände kann sich nicht in deren primären Befugnis der Privatautonomie erschöpfen. Angesichts des staatlichen Gewaltmonopols kann die den privaten Verbänden zukommende autonome Satzungsgewalt nicht Resultat einer Kompetenzabgrenzung des staatlichen Gesetzgebers gegenüber einem nebenstaatlichen Herrschaftsverband sein. Der Staat konnte sich nicht etwa auf den bloss negativen Akt der Überlassung eines mehr oder minder weiten Regelungsbereiches beschränken, sondern musste die betreffenden privaten Verbände in irgendeiner Form am staatlichen Gewaltmonopol teilhaben lassen, andernfalls es bei deren primären Befugnis der Privatautonomie geblieben wäre. Er hat den Tarifparteien eine gegen-

- 226 Auch in diesem Falle lässt erst der von den Verbänden ausgehandelte Vertrag objektives Recht entstehen. Es bedarf also auch hier des Zusammenwirkens der mit der tariflichen Rechtssetzungsfähigkeit (Tariffähigkeit) begabten Parteien. Dennoch könnte man sich darüber streiten, ob die Rechtssetzungsbefugnis von vornherein nur beiden gemeinsam zukommt oder jedem allein. Richtigerweise hat aber der Gesetzgeber – das ist entscheidend – die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände nicht einfach mit einer einseitig ausübbar Befugnis begabt, für den eigenen Mitgliederkreis objektives Recht zu setzen. Nur die gemeinsam vereinbarte Ordnung, der normative Teil des Gesamtarbeitsvertrages, hat diese Rechtsqualität.
- 227 In welchem Fall es sich beim normativen Teil des Gesamtarbeitsvertrages um eine Rechtsquelle auf der Stufe der Verordnung handelte.
- 228 Was zum Beispiel bei der Rechtssetzung durch Gemeinden der Fall ist. Auch im übertragenen Wirkungsbereich beruht die autonome Satzungsgewalt der Gemeinden nicht auf einer Gesetzesdelegation. Die Übertragung einer Aufgabe an die Gemeinden durch den kantonalen Gesetzgeber ist nicht Delegation, sondern Kompetenzausscheidung (BGE 97 I 202 und 805). Die autonomen Satzungen der Gemeinden sind Rechtsquellen auf der Stufe des formellen Gesetzes (Vgl. FLEINER, a.a.O. 74).
- 229 Auch diese primäre Befugnis der Privatautonomie ist aber keine vorstaatliche Machtvollkommenheit, auch sie ist den Privaten von der Rechtsordnung verliehen. Vgl. hinten bei Anm. 232f. Die Privatautonomie ist hingegen (im Gegensatz zu der hier in Frage stehenden Befugnis) eine selbständige Kompetenz, welche ihrem Bestande nach nicht von einer gesetzlichen Ermächtigung abhängt; sie ist insofern verfassungsunmittelbar. Umfangmässig wird sie jedoch durch den staatlichen Gesetzgeber begrenzt.

über der Privatautonomie *privilegierte Gruppenautonomie* verliehen. Er hat sie befähigt, autonomes drittverbindliches Recht zu setzen, jedoch nur im Rahmen des von ihm selbst gesetzten Rechts, weshalb es sich dabei im Vergleich zum staatlichen Recht um solches niedrigerer Stufe handelt.

Die Privilegierung der erwähnten Gruppenautonomie – nämlich der *Tarifautonomie* – erschöpft sich keineswegs nur in dieser Befugnis, gesamtarbeitsvertragliche Bestimmungen mit normativer Wirkung zu vereinbaren, sondern schliesst richtigerweise auch die Arbeitskampffähigkeit ein, d.h. die Fähigkeit, notfalls mit Massnahmen, welche auf eine wirtschaftliche Schädigung der Gegenpartei gerichtet sind, einen akzeptablen Interessenausgleich zu erzwingen, der schliesslich im gemeinsam vereinbarten «Erläss» solchen autonomen Rechts mündet. Die Privilegierung ist darin zu erblicken, dass die erwähnten gegenseitigen²³⁰ Kampfmassnahmen in gewissem Umfange rechtmässig sind und der von den Trägern der Tarifautonomie ausgefochtene Arbeitskampf sinnvollerweise zu einer Suspension der Rechte und Pflichten aus dem Einzelarbeitsvertrag führt.²³¹ Die erwähnte Privilegierung der Tarifautonomie gegenüber der Privatautonomie äussert sich ferner in der Existenz tarifdispositiven Rechts, also darin, dass gewisse arbeitsrechtliche Bestimmungen des staatlichen Rechts wohl durch Gesamtarbeitsvertrag, nicht aber durch Einzelarbeitsvertrag abdingbar sind.²³²

Die Tarifautonomie ist ein Beispiel dafür, dass es im Rechtsstaat unter gewissen Bedingungen auch sekundäre auf staatlicher Ermächtigung beruhende Rechtssetzungsautonomie geben kann. Das solchermassen entstehende autonome Recht kann jedoch nur nichtstaatliches Recht niedrigerer Stufe sein. Der Staat kann sich seines Gewaltmonopols nicht entäussern, auch nicht partiär; er kann lediglich von ihm ausgewählte ausserstaatliche Institutionen daran teilhaben lassen, sei es dadurch, dass er sie zur Verwirklichung seiner eigenen Aufgaben heranzieht, in welchem Falle er sich des Mittels der Delegation (Dezentralisation der staatlichen Gesetzgebung) bedient, wodurch die betreffenden Institutionen zu Trägern staatlicher Gewalt und im entsprechenden Umfang zu Staatsorganen werden, oder sei es da-

230 Dass eine Kampfparität beider Sozialpartner garantiert sein muss, erscheint geradezu als Vorbedingung der Autonomie. Andernfalls kann von einem Interessenausgleich nicht die Rede sein.

231 Zum Arbeitskampfrecht vgl. insbesondere REHBINDER, a.a.O. 174ff.

Fünzig die Einheitstheorie, welche dadurch gekennzeichnet ist, dass die Beurteilung der Rechtmässigkeit eines Arbeitskampfes nach kollektivem wie nach individuellem Arbeitsrecht einheitlich sein muss, mit der Folge, dass die Teilnahme an einem kollektivrechtlich rechtmässigen Arbeitskampf nicht eine Verletzung einzelarbeitsvertraglicher Pflichten sein kann, vermag zu überzeugen. Die in der Schweiz leider noch vorherrschende Trennungstheorie ist unhaltbar und zeugt nicht von weitverbreiteter Erkenntnis der kaum überschätzbaren Bedeutung des kollektiven Arbeitsrechts!

232 Zum Beispiel: Art. 323a Abs. 2 und 329e Abs. 1 OR.

durch, dass er ihnen in den Schranken des von ihm gesetzten Rechts Autonomie gewährt und ihrer im Rahmen dieser Autonomie geschaffenen *eigenen* Ordnung die ihm angemessen erscheinende Rechtsqualität verleiht.²³³ Dem Staate verbleibt aber die alleinige und unverbrüchliche Kompetenz, über Bestand, Fortdauer, Umfang und Trägerschaft solcher Autonomie im Rahmen der Verfassung zu befinden.

Autonomie kann nur insoweit Bestand haben, als die Rechtsordnung sie vorsieht, dem Grundsatz und dem Umfange nach. Folgerichtig ist schon die Privatautonomie, wie OFTINGER²³⁴ überzeugend darlegt, eine den Subjekten des Privatrechts vom Staate verliehene Machtbefugnis. Und bei dieser Machtbefugnis handelt es sich nach den Erkenntnissen der Normentheorie²³⁵ ebenfalls um eine Normsetzungsbefugnis. Auch die Privatautonomie ist keine vorstaatliche Machtvollkommenheit, sowenig wie die Tarifautonomie. Dem Grundsatz nach ist gegen die staatliche Verleihung einer solchen privilegierten privaten Gruppenautonomie nichts einzuwenden,²³⁶ sofern gewisse rechtsstaatliche Voraussetzungen erfüllt sind, worauf noch näher einzutreten sein wird. Hingegen fragt man sich mit Fug, ob es tatsächlich im Belieben des einfachen Gesetzgebers stehe, solche Autonomie zu gewähren. Die Frage drückt insbesondere dann, wenn man sich umgekehrt überlegt, ob denn der einfache Gesetzgeber die Tarifautonomie jederzeit in einer ihren Bestand tangierenden Weise beschränken oder gar gänzlich aufheben könnte. Man ist geneigt, diese letztere Frage zu verneinen. Also muss

233 Autonomie in diesem Sinne ist die einem Rechtssubjekt vom Staate verliehene Befugnis, bestimmte Angelegenheiten nach eigenem Gutdünken zu ordnen. Der Autonomieträger ist ermächtigt, eine eigene, vom Staate mit Rechtswirksamkeit versehene Ordnung aufzustellen. Demgegenüber sind die Delegationsempfänger im Auftrage (und unter Aufsicht) des Staates tätig: sie nehmen insoweit nicht ihre eigenen Angelegenheiten wahr, sondern diejenigen des Staates. Eine im Rahmen der Delegation aufgestellte Ordnung ist staatliche Ordnung. Sie ist direkte Manifestation der Staatsgewalt und deshalb unmittelbar rechtswirksam.

Soweit die Tarifautonomie reicht, regeln deren Träger ihre Beziehungen nach eigenem Gutdünken, frei von staatlicher Einmischung und Aufsicht. Dies äussert sich unter anderem in der Neutralitätspflicht des Staates bei Arbeitskämpfen (Arbeitslosenversicherung etc.) und im Ausschluss der das Arbeitsverhältnis betreffenden Verträge, Beschlüsse und Vorkehren vom Anwendungsbereich des Kartellgesetzes (Art. 1 KG).

234 Vgl. OFTINGER, Die Vertragsfreiheit, in: Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht (Zürich 1948) 322f. Oftinger schreibt wörtlich: «Die in der Privatautonomie liegende Machtbefugnis ist dem Privaten kraft Delegation verliehen.» (Der Ausdruck «Delegation» darf allerdings nicht im Sinne der oben erwähnten Delegation staatlicher Aufgaben verstanden werden). Vgl. ferner HANS HUBER, Verbandsrecht und staatliches Recht, ZSGV 1949, 54.

235 Vgl. vorn bei N 124ff. OFTINGER, a.a.O. 320f., vertrat allerdings die Tatbestandstheorie.

236 Unter dem Gesichtspunkt des Subsidiaritätsprinzips erscheint die Zulassung solcher Autonomie jedenfalls als angezeigt, stellt sie doch ein Plus gegenüber der Privatautonomie, aber ein Minus gegenüber der staatlichen Regelung dar.

Vgl. hierzu HEINZ HAUSHEER, a.a.O., ZSR 1976 II, 312f.

die Tarifaufonomie auf die Verfassung selbst zurückzuführen sein. Bei der Suche nach einer verfassungsmässigen Grundlage wird man sicherlich bei der (kollektiven) Koalitionsfreiheit ansetzen müssen, welche richtigerweise auch eine Betätigungsgarantie enthält.²³⁷ Der im öffentlichen Interesse eminent wichtige Arbeitsfriede – ihn zu wahren ist sicherlich der vornehmste Zweck der Verleihung der Tarifaufonomie – setzt nicht nur voraus, dass sich die beiden Arbeitsmarktsseiten organisieren können. Die Rechtsordnung muss den beiden sich nunmehr gleichgewichtig gegenüberstehenden Kollektiven auch die Auseinandersetzung ermöglichen, den Ausgleich ihrer Interessen. Sie muss den beiden Parteien das hiezu erforderliche Instrumentarium zur Verfügung stellen. Sollen sich die beiden in autonomer Weise befrieden – der Staat verzichtet richtigerweise auf Zwangsschlichtung –, muss ihnen letztlich auch die Möglichkeit offenstehen, einen Arbeitskampf zu führen, was seinerseits voraussetzt, dass sich beide Seiten gewisser «Waffen» bedienen können (Grundsatz der Kampffreiheit und -parität). Erst auf diesem Hintergrund erscheint das den Koalitionen zur Verfügung gestellte eigentliche Podium des Interessenausgleichs, der Gesamtarbeitsvertrag, als taugliches Friedensinstrument. Die erwähnte Privilegierung der Tarifaufonomie gegenüber der individuellen Privataufonomie gewährleistet schliesslich, dass das Ergebnis des auf kollektiver Ebene erfolgten Interessenausgleichs nicht auf der Ebene des Einzelarbeitsvertrags, wo sich die Arbeitsmarktparteien in wirtschaftlicher Ungleichgewichtslage gegenüberstehen, wieder zur Farce wird. Eine Ausdehnung des Geltungsbereichs des Gesamtarbeitsvertrages auf Aussenseiter könnte hingegen schwerlich aus der Koalitionsfreiheit abgeleitet werden, im Gegenteil: Die Unterwerfung der Aussenseiter unter die von Koalitionen gesetzte partiäre Rechtsordnung steht im Widerspruch zur individuellen (negativen) Koalitionsfreiheit.²³⁸ Erklärlich ist deshalb die Tatsache, dass die Verfassung den Gesamtarbeitsvertrag nur im Zusammenhang mit seiner Allgemeinverbindlicherklärung erwähnt, seine Existenz und Zulässigkeit im übrigen aber bereits voraussetzt. Die Tarifaufonomie scheint somit in ihrem Kernbereich verfassungsmässig gewährleistet zu sein. Die kollektive Koalitionsfreiheit muss richtigerweise auch im

237 Die Koalitionsfreiheit findet ihre Verfassungsgrundlage in Art. 56 BV (Vereinsfreiheit) und Art. 34 ter Abs. 2 BV «Verbandsfreiheit»). Vgl. dazu: FRIDRICH H. HEITLER, Das kollektive Arbeitsrecht der Schweiz (Stuttgart 1964) 55ff.; M. REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht (5.A. Bern 1979) 147ff.; WALTER R. SCHLUEP, Überbordungsgefahren von Arbeitskonflikten (Bern 1973) 18, Anm. 21; E. SCHWEINGRUBER/W. BIGLER, Kommentar zum Gesamtarbeitsvertrag (Bern 1972) 14ff.; WALTHER HUG, Koalitionsfreiheit und Tarifaufonomie als Probleme der modernen schweizerischen Demokratie, a.a.O. 177ff.

238 Der im Schweizer Recht neben der Allgemeinverbindlicherklärung zugelassene Anschlusszwang erscheint deshalb als bedenklich. Die Unterscheidung zwischen Verbands- und Vertragszwang ist nicht überzeugend.

Sinne einer funktionellen und instrumentellen Garantie verstanden werden. Den Koalitionen muss ein Kernbereich autonomer kollektiver Gestaltung der Arbeitsbedingungen sowie das hierzu erforderliche Instrumentarium verfassungsmässig garantiert sein. Der Gesetzgeber ist demzufolge verpflichtet, den Koalitionen das Instrument des Gesamtarbeitsvertrages zur Verfügung zu stellen, und zwar in funktionstüchtiger Ausgestaltung, wozu nach gut begründbarer Auffassung auch die normative Wirkung zählt.

Abschliessend sei nochmals festgehalten, dass es sich bei den normativen Bestimmungen nicht um auf dem Wege der Gesetzesdelegation zustande gekommenes staatliches Recht handelt, sondern um autonomes nicht-staatliches Recht, um eine besondere Art autonomer Satzung.²³⁹ Die tarifliche Normsetzungsbefugnis beruht auf staatlicher Autonomieermächtigung. Die Tarifautonomie ist keine vorstaatliche Machtvollkommenheit; sie ist nicht originär, sondern eine vom Staate verliehene und gegenüber der individuellen Privatautonomie privilegierte private Gruppenautonomie.²⁴⁰

239 Ähnlich oder übereinstimmend: *Botschaft* des Bundesrates zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit, vom 29.1.1954, BBl 1954, 131; WALTHER HUG, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Probleme der modernen schweizerischen Demokratie, a.a.O. 189; *derselbe*, Die Gesetzgebung über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit, WuR 1954, 125, 146, 158; LIVER, a.a.O., ZBJV 91 bis 20; OSER/SCHÖNENBERGER, a.a.O. N 12 zu Art. 322 OR; WILFRIED WITZACK, Entwicklung und Ausbau des schweizerischen Gesamtarbeitsvertragsrechts (Diss. Göttingen 1958) 102ff. insbesondere 104. Nicht ganz klar ist die Auffassung von W.R. SCHLUEP, Überbordungsgefahren von Arbeitskonflikten (Bern 1973) 14, der eine öffentlichrechtliche Delegation zu autonomer Satzung der Verbände annimmt, dabei aber unter anderem auf Nikisch verweist, der Anhänger der öffentlich-rechtlichen Delegationstheorie ist. Obwohl sie von autonomer Satzung sprechen, sind anderer Auffassung: FELIX WALZ, a.a.O. 90, der gleichzeitig von einer Delegation staatlicher Rechtssetzungsbefugnis ausgeht und die normativen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrags ins öffentliche Recht wachsen lässt, sowie GEROLD FLEMMING, a.a.O. 29, der ebenfalls von einer eigentlichen Gesetzesdelegation auszugehen scheint. HEINZ HAUSHEER, a.a.O., ZSR 1976 II, 332 (Anm. 275), hält die Auffassung, dass es sich um autonome Satzung handelt, für zweifelhaft, dennoch stimmt die hier vertretene Auffassung hinsichtlich der Vorfragen weitgehend mit den Ergebnissen von Hausheer überein.

240 Wenn in dieser Arbeit auch der Begriff «Delegation» der eigentlichen Übertragung staatlicher Aufgaben und Hoheitsgewalt vorbehalten bleibt – Delegation ist eben Regelungsermächtigung und -auftrag – und statt dessen von staatlicher Autonomieermächtigung die Rede ist, so geht der hier vertretene Erklärungsversuch dennoch von einem «delegatarischen» Modell aus, welches im Gegensatz zum mandatarischen Modell einerseits und dem Modell der Autonomie (originäre) anderseits steht. Auch die Auffassung von M. REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht (S.A. Bern 1979) 157, stimmt mit der hier vertretenen Auffassung weitgehend überein. REHBINDER bezeichnet die tarifliche Normsetzung zwar als Rechtssetzungsakt im Bereiche der Privatautonomie, stellt aber gleichzeitig klar, dass die Satzungs Gewalt der Verbände nicht originär, sondern vom Staate eingeräumt ist. Er verweist dabei ausdrücklich auf die Delegationstheorie. Auch REHBINDER leitet die Tarifautonomie nicht aus der Privatautonomie des Einzelnen ab. Er betrachtet die Tarifautonomie als die den tariffähigen Verbänden verliehene, eigene Privatautonomie. Der Umstand, dass REHBINDER den Begriff Privatautonomie soweit fasst, dass dieser auch die Tarifautonomie, verstanden als vom Staate verliehene private Gruppenautonomie, einschliesst,

Der Gesamtarbeitsvertrag ist ein privatrechtlicher Vertrag. Soweit er normative Bestimmungen enthält, ist er als drittverbindlicher kollektiver Normenvertrag Quelle objektiven Rechts. Die normativen Bestimmungen stellen nicht-staatliches autonomes Recht dar. Dennoch beruht die tarifliche Normsetzungsbefugnis auf staatlicher Ermächtigung, aber nicht auf einer Gesetzesdelegation an Private, sondern auf einer Autonomieermächtigung, in deren Rahmen die Rechtsordnung die von den Autonomieträgern ausgehandelten Mindestarbeitsbedingungen gegenüber der (individuellen) Privatautonomie privilegiert.

2.2. Die Grundrechtsbindung der tariflichen Normsetzung

Nachdem sich herausgestellt hat, dass die tarifliche Normsetzungsbefugnis keine delegierte *staatliche* Gesetzgebungsbefugnis ist, fällt die direkte Anwendbarkeit der Grundsätze staatlicher Gesetzgebung auf die tarifliche Normsetzung zunächst ausser Betracht. Es ist aber ebensowenig gerechtfertigt, die Frage der Grundrechtsbindung der tariflichen Normsetzung mit derjenigen nach der Bindung der Privatautonomie an die Grundrechte zu identifizieren. Die tarifliche Normsetzung ist weder staatliche (hoheitliche) Gesetzgebung noch «Gesetzgebung» im Bereiche der Privatautonomie.

führt allerdings leicht zu Missverständnissen. Sein Hinweis auf die Delegationstheorie, welche er in ihrer öffentlich-rechtlichen Variante nach wie vor entschieden ablehnt, macht deutlich, dass seine Erklärung der tariflichen Normsetzungsbefugnis nicht mehr als privatautonom-mandatarische Erklärung aufzufassen ist (vgl. vorn Anm. 85). Das mandatarische Modell geht nämlich davon aus, dass die Befugnis der Tarifparteien zur Regelsetzung aus übertragener, kumulierter Privatautonomie der Einzelnen stammt. REHBINDER darf auch nicht unterstellt werden, er setze die etwa einem Gesangsverein zukommende Privatautonomie derjenigen tariffähiger Verbände gleich. Wie jede andere Körperschaft vermag ein Gesangsverein zwar unter Abstützung auf seine Statuten zum Beispiel den Mitgliederbeitrag verbindlich zu erhöhen, selbst gegen den Willen einer Minderheit von Mitgliedern, doch ist er niemals in der Lage, die Vertragsfähigkeit seiner Mitglieder durch das Setzen (drittverbindlichen) objektiven Rechts zu beeinträchtigen. Schon die Statuten selbst enthalten trotz ihrer gesetzesähnlichen abstrakten Fassung kein objektives Recht, sondern eine rechtsgeschäftliche Regelung der Rechtsverhältnisse der Körperschaft (VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts I 1 (3.A. Zürich 1974) 144). Im Verhältnis zu Dritten kann eine Körperschaft, soweit dies im Einklang mit den Statuten steht, durch ihre Organe vertragliche Rechte und Pflichten begründen. Wie andere vertragsfähige private Rechtssubjekte kann sie ferner Verträge zugunsten Dritter (also auch zugunsten der Mitglieder) begründen. Sie kann ferner als direkter Stellvertreter für Dritte unmittelbare Rechte und Pflichten begründen, soweit sie hierzu von diesen Dritten ermächtigt worden ist. (Vgl. vorn bei Anm. 205f.) Abgesehen vom Fall der Stellvertretung kann sie hingegen unmittelbare Pflichten zulasten der Mitglieder oder anderer Dritter nur dann begründen, wenn ihr die Rechtsordnung eine besondere Befugnis zum Setzen objektiven Rechts verleiht. Das gilt erst recht für das Setzen unabdingbaren objektiven Rechts. Diese von der Rechtsordnung verliehene Befugnis reicht weiter als die Privatautonomie des Einzelnen, welche gleichermassen auch der Körperschaft als selbständigem Rechtssubjekt (primär) zukommt.

Die Tarifautonomie reicht weiter als die Privatautonomie; sie folgt deshalb auch anderen Grenzen. Wer vom Staate ermächtigt ist, objektives Recht zu setzen – auch wenn es sich dabei um autonomes Recht handelt –, kann nicht gleichzeitig privatautonome Willkür in Anspruch nehmen. Umgekehrt fragt sich aber auch, ob die Grundrechtsbindung der unmittelbaren und mittelbaren staatlichen Gesetzgebung in analoger Weise auch den tariflichen «Gesetzgeber» trifft.

In Deutschland ist die unmittelbare Geltung der Grundrechte für die tarifliche Normsetzung nahezu unbestritten.²⁴¹ Sie wird jedoch im Schrifttum verschieden begründet. Vorherrschend ist die Ansicht, bei der tariflichen Normsetzung handle es sich um Gesetzgebung im materiellen Sinne, die als solche den durch Art. 1 Abs. 3 GG gesetzten Schranken unterliege,²⁴² mithin an die Grundrechte gebunden sei. Die Grundrechtsbindung wird ferner damit begründet, dass die tarifliche Normsetzung auf staatlicher Delegation beruhe, weshalb die Tarifparteien als Delegationsempfänger an dieselben Schranken gebunden seien, wie der Staat selbst. Abgeleitete Befugnisse könnten eben nicht weiterreichen als die Kompetenzen desjenigen, der sie delegiert.²⁴³ Behelfsmässig wird schliesslich allgemein auf die Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht verwiesen.²⁴⁴

Auch für das schweizerische Recht muss gelten, dass jegliche vom Staate abgeleitete Setzung objektiven Rechts an die rechtsstaatlichen Grundsätze und somit an die Grundrechte gebunden ist.²⁴⁵ Der Staat kann keine partikuläre Normordnung mit der Verbindlichkeit objektiven Rechts

241 WOLFGANG ZÖLLNER, *Arbeitsrecht* (2.A. München 1979) 74; WIEDEMANN/STUMPF, a.a.O. Einl. N 57ff. Grundlegend BAG AP Nr. 4 zu Art. 3 GG.

242 Vgl. WIEDEMANN/STUMPF, a.a.O. Einl. N 57; ALFRED SÖLLNER, *Arbeitsrecht* (6.A. Stuttgart 1978) 39; KURT H. BIEDENKOPF, *Grenzen der Tarifautonomie* (Karlsruhe 1964) 73; HUECK/NIPPERDEY, a.a.O. Bd. II/1, 351, 373.

243 So BAG AP Nr. 17 zu Art. 3 GG, Kritisiert von BIEDENKOPF, a.a.O. 71.

244 Z.B.: GERHARD MÜLLER, *Drittwirkung von Grundrechten und Sozialstaatsprinzip*, RdA 1964, 121.

245 Zu diesem Ergebnis gelangen mit teils unterschiedlicher Begründung auch O. ARREGGER, *Die normativen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages und ihr Verhältnis zum Einzelarbeitsvertrag* (Diss. Bern 1974) 71ff.; GEROLD FLEMMING, a.a.O. 156ff.; R. OSSWALD, *Die Beschränkung der freien Berufswahl und Berufsausübung durch Gesamtarbeitsvertrag und Tarifvertrag* (Diss. Basel 1967) 112; MANFRED REHBINDER, a.a.O. 168; FELIX WALZ, a.a.O. 141.

Rechtsstaatliche Grundsätze werden im übrigen von verschiedenen Autoren «stillschweigend» bei der Beurteilung gewisser Einzelfragen herangezogen, namentlich bei der Frage der Rückwirkung gesamtarbeitsvertraglicher Bestimmungen. Vgl. z.B. OSER/SCHÖNENBERGER, a.a.O. N 38 zu Art. 323 OR; HELENE THALMANN-ANTENEN, *Die Allgemeinverbindlichkeit der Gesamtarbeitsverträge* (Zürich 1944) 127f.; E. SCHWEINGRUBER, in: SCHWEINGRUBER/BIGLER, *Kommentar zum Gesamtarbeitsvertrag* (2.A. Bern 1972) N 1 zu Art. 356c OR.

Gleiches scheint FRANK VISCHER, in: *Schweizerisches Privatrecht VII/1*, a.a.O. 475, hinsichtlich der Rechtsgleichheit anzunehmen, wenn er schreibt: «Der (allgemeinverbindlich zu erklärende) GAV darf die Rechtsgleichheit nicht verletzen und dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen. Diese Voraussetzung ist an sich selbstverständlich, da von ihrer Erfüllung schon die Gültigkeit des Gesamtarbeitsvertrages selbst abhängt.»

ausstatten, soweit und sofern diese mit seiner Wertordnung unvereinbar ist. Er kann nicht private Institutionen ermächtigen, drittverbindliches Recht zu setzen, welches der Wirkung nach staatlichem Recht²⁴⁶ gleichkommt, und diese Rechtssetzung gleichzeitig von der Beachtung der rechtsstaatlichen Grundsätze dispensieren. Der Staat würde andernfalls eine Befugnis verleihen, die ihm selbst niemals zustehen kann. Die rechtsstaatlichen Schranken der Gesetzgebung senken sich nicht nur da automatisch, wo der Staat eigene Gesetzgebungskompetenz delegiert und damit zur Setzung *staatlichen* Rechts ermächtigt (und verpflichtet), sondern auch da, wo er Private dazu ermächtigt, in autonomer Weise *objektives* Recht zu setzen. Nur eine allein auf der Privatautonomie gründende Normsetzungsbefugnis wäre den Privaten zur Ausübung nach eigenem Gutdünken überlassen, allerdings nur im Rahmen des zwingenden staatlichen Rechts und unter Vorbehalt einer zumindest mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte. Zwar ist auch die Privatautonomie vom Staate abgeleitet und kann auch die Ausübung privatautonom begründeter subjektiver Rechte als Normsetzungsbefugnis aufgefasst werden.²⁴⁷ doch lässt sich im Rahmen der Privatautonomie niemals objektives Recht erzeugen. Privatautonome Regelung ist Selbstverpflichtung durch Betätigung des eigenen Willens; tarifautonome Regelung ist Drittverpflichtung. Der Träger eines privatautonom begründeten (subjektiven) Rechts kann die ihm übertragene Normsetzungsbefugnis grundsätzlich frei und unverantwortlich, nach persönlicher Willkür ausüben.²⁴⁸ Er hat lediglich die diesem subjektiven Recht von der Rechtsordnung gezogenen Schranken zu respektieren. Wer aber vom Staate ermächtigt ist, drittverbindliches Recht zu setzen, kann von seiner Befugnis nicht willkürlich und unverantwortlich Gebrauch machen. Korrelat der Drittverbindlichkeit ist Drittverantwortung. Für privatautonome Willkür bleibt da kein Raum.

Wer immer im Rechtsstaat objektives Recht zu setzen ermächtigt ist, hat die rechtsstaatlichen Grundsätze und damit die Grundrechte zu be-

246 Für den Normunterworfenen ist es jedenfalls einerlei, ob er tariflichem oder staatlichem Recht unterworfen ist, besonders dann, wenn er als Aussenseiter zum Anschluss an den betreffenden Gesamtarbeitsvertrag gezwungen wurde (wie immer dieser Anschlusszwang auch interpretiert wird, als gesetzlich privilegierter kartellistischer Unterwerfungsboykott, als erweiterte Tarifautonomie oder dgl.). Die Tatsache, dass er sich seiner Tarifgebundenheit durch Verbandsbeitritt oder Kündigung des Anschlusses entledigen kann, was ihm in der Praxis wohl selten leicht fallen dürfte, ändert nichts daran, dass die Wirkung des tariflichen Rechts, solange die Tarifgebundenheit andauert, mit derjenigen des (höherrangigen) staatlichen Rechts identisch ist. Man kann schliesslich auch den Rechtskreis der Gemeinde oder des Kantons verlassen, wenn man nicht länger Adressat der entsprechenden kommunalen oder kantonalen Rechtserlasse sein will.

Vgl. vorn bei Anm. 132ff.

247 Vgl. E. BUCHER, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis (Tübingen 1965) 56 Anm. I und S. 70ff. BIEDENKOPF, a.a.O. 29, führt aus: «Privatautonom handelt ein selbstbestimmtes, keinem ausserhalb seiner selbst liegenden Zweck dienendes Rechts-subjekt.»

achten. Nur privatautonom begründetes Recht kann grundsätzlich willkürlich ausgeübt werden, da es auf Selbstbindung²⁴⁹ beruht. Die Träger der Tarifautonomie üben jedoch bei ihrer Normsetzung keineswegs privatautonom begründete Rechte aus, sondern eine auf staatlicher Privilegierung beruhende Befugnis, objektives Recht zu setzen. Die normativen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages als relativ zwingendes objektives Privatrecht erweisen sich gerade als Schranke der Privatautonomie innerhalb des mit dem Geltungsbereich des Gesamtarbeitsvertrages zusammenfallenden Rechtskreises, da sie die individuelle Vertragsfreiheit – eine Ausprägung und Folge der Privatautonomie – beschränken. Es liegt nicht nur eine faktische, sondern eine *rechtliche* Hemmung der Vertragsfreiheit vor²⁵⁰; die *Vertragsfähigkeit* und damit die Handlungsfähigkeit des Normunterworfenen wird eingeschränkt. An die tariflich gesetzten Normen muss daher derselbe Massstab angelegt werden wie an entsprechendes staatliches Recht. Die Bindung an die rechtsstaatlichen Grundsätze und damit an die Grundrechte ist eine immanente Schranke jeglicher Befugnis, objektives Recht zu setzen, wer immer sie auch ausüben mag.²⁵¹ Der staatliche Gesetzgeber selbst sowie die mit seinem «Segen» versehenen rechtssetzenden Privaten haben dies zu respektieren.

Der Gesetzgeber konnte und wollte die Tarifparteien nicht zu einer Rechtssetzung ermächtigen, welche sich über die ihm selbst gesetzten rechtsstaatlichen Schranken hinwegsetzen kann. Die Einschränkung des persönlichen Geltungsbereichs des Gesamtarbeitsvertrages auf die Verbandsmitglieder und förmlich angeschlossenen Aussenseiter sowie das Erfordernis des Zusammenwirkens der beiden Sozialpartner rechtfertigen wohl die Verleihung einer autonomen, von Staatsaufsicht freien Rechtssetzungsbefugnis, niemals aber einen Dispens von der Beachtung der dem Staate selbst gesetzten inhaltlichen Schranken der Rechtssetzung.²⁵²

249 Natürlich erfolgt diese Selbstbindung des einen Rechtssubjekts regelmässig nur im Hinblick auf eine mehr oder minder ebenbürtige Selbstbindung dessen, der die korrespondierenden Rechte aus der Selbstbindung des ersteren erwirbt.

250 Im Gegensatz etwa zu Hemmungen der Vertragsfreiheit durch Kartellvereinbarungen und -vorkehrungen.

251 Hinsichtlich der Rechtsgleichheit lässt sich folgern, dass unter dem in Art. 4 BV verwendeten Begriff «Gesetz» das Gesetz im materiellen Sinne, also der Rechtssatz schlechthin zu verstehen ist, und zwar nicht nur der vom Staate selbst erlassene Rechtssatz, sondern auch der mit staatlicher Ermächtigung von Privaten erlassene autonome Rechtssatz. Auch dieser stellt ein Gesetz im materiellen Sinne dar und ist an das Prinzip der Rechtsgleichheit gebunden.

252 Die Ausdehnung des persönlichen Geltungsbereichs auf alle Aussenseiter und Andersorganisierten hält der Gesetzgeber ohne Mitwirkung des Staates und entsprechender Staatskontrolle zu Recht nicht für vertretbar, weshalb er das Institut der Allgemeinverbindlicherklärung vorsieht. Die Tatsache, dass sowohl die Verfassung (Art. 34 ter Abs. 2 BV) als auch das BG über die AVE (Art. 2 Abs. 1 Ziff. 4 BG AVE) ausdrücklich die Wahrung der Rechtsgleichheit als Bedingung der Allgemeinverbindlicherklärung vorsehen, will nicht heissen, dass der nicht allgemeinverbindliche Ge-

Wer die tarifliche Normsetzung folgerichtig an die rechtsstaatlichen Grundsätze und damit an die Grundrechte bindet, braucht nicht länger zu jenen bedenklichen und die Idee der Tarifaufonomie völlig missachtenden Forderungen Zuflucht zu nehmen, wonach die mit solcher Normsetzungsbefugnis ausgestatteten Verbände einer Staatsaufsicht unterstellt werden sollen oder gar in die staatliche Organisation einzugliedern sind.²⁵³

Zum gleichen Ergebnis müsste man auch unter dem Gesichtspunkt einer Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht gelangen. Im Hinblick darauf, dass es sich bei der Tarifaufonomie um eine gegenüber der Privataufonomie privilegierte Gruppenaufonomie handelt, muss Ausmass und Intensität der Drittwirkung hier weiterreichen. Ohne näher auf den Meinungsstreit um die Drittwirkung der Grundrechte einzugehen²⁵⁴, ist festzuhalten, dass eine Drittwirkung da, wo Private eine vom Staat verliehene Befugnis zur Setzung relativ zwingenden objektiven Rechts ausüben, besonders nahe liegt. Es wäre sicherlich nicht abwegig, in diesem Bereich für ausgewählte Grundrechte²⁵⁵ einer Drittwirkung das Wort zu reden, welche sich nicht ausschliesslich auf dem Umwege über die wertausfüllungsbedürftigen Begriffe und Generalklauseln des Privatrechts zu verwirklichen braucht. Als «Einfallspforte» der Grundrechte in diesen Bereich des Privatrechts könnte sich allenfalls die staatliche Verleihung der Tarifaufonomie und -fähigkeit erweisen, die staatliche Privilegierung der in Frage stehenden sozialen Mächte,

samtarbeitsvertrag die Rechtsgleichheit verletzen darf, wie HUG, Koalitionsfreiheit und Tarifaufonomie als Probleme der modernen schweizerischen Demokratie, a.a.O. 196, folgert.

Wenn Art. 2 Abs. 1 Ziff. 4 BG über die AVE vorschreibt, der Gesamtarbeitsvertrag dürfe dem zwingenden Recht des Bundes und der Kantone nicht widersprechen, so darf daraus schliesslich auch nicht gefolgert werden, der nicht allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsvertrag dürfe dies!

253 Vgl. z.B. THALMANN-ANTENEN, a.a.O. 84 und 140ff. Weniger weit geht LUZIU WILDHABER, Vertrag und Gesetz – Konsensual – und Mehrheitsentscheid im schweizerischen Staatsrecht, ZSR 1975 I, 133, der allerdings schreibt, an der «funktionellen Quasirechtssetzung in Vertragsform» sei bedenklich, dass es sich um die Erlasse sozial mächtiger Gruppen handle, nicht um solche staatlicher Organe. In irgendeiner Form müsse sich der Staat wieder einschalten, sei es durch das Setzen gesetzlicher Rahmenbedingungen, durch staatliche Aufsicht oder durch die Allgemeinverbindlicherklärung gewisser Vertragstypen nach staatlicher Präventivkontrolle. Hier müsse es darum gehen (...) dem Staat Einfluss schon auf die Entstehung der «Quasi-Normen» zu verleihen.

254 Gestritten wird kaum mehr über das «Ob» einer Drittwirkung, sondern nur noch über das «Wie».

Vgl. allgemein zur Drittwirkung: HANS HUBER, Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen, ZSR 74 (1955) I, 173ff.; derselbe, Der Schutz der Staatsbürgerrechte des Arbeitnehmers, ZSR 82 (1963) I, 131ff.; DANIEL MEYER, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im schweizerischen Arbeitsrecht (Bern 1976) 21ff.; JÖRG PAUL MÜLLER, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts (Diss. Bern 1964) 160ff.; KASPAR WESPI, Die Drittwirkung der Freiheitsrechte (Diss. Zürich 1968) 3ff. und 75ff.

Vgl. ferner Art. 24 25 des Verfassungsentwurfes der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung (1977) sowie den dazugehörigen Bericht (55f.).

255 Wozu in jedem Falle das Prinzip der Rechtsgleichheit zählen müsste.

das von der Rechtsordnung erzeugte oder zumindest verstärkte Subordinationsverhältnis. Hier liegt von vornherein eine vertikale Beziehung vor, im Gegensatz zur privatautonomen Beziehung, welche grundsätzlich horizontal ist und im Normalfall nicht als Subordinations-, sondern als Koordinationsverhältnis erscheint. Die Tarifautonomie stellt gegenüber der Privatautonomie ein «Plus» dar, weshalb auch eine entsprechend intensivere Grundrechtsdrittwirkung angezeigt ist. Es ist ferner darauf hinzuweisen, dass eine Drittwirkung der Grundrechte im Bereiche der tariflichen Normsetzung nicht etwa eine Gefährdung der Privatautonomie darstellt,²⁵⁶ sondern gerade das Gegenteil: Nicht die Privatautonomie ist es, welche eingeschränkt wird, sondern die Befugnis, ihr durch das Setzen drittverbindlichen Rechts Schranken zu setzen.²⁵⁷

2.3. *Die Effektivgarantieklausel als Verstoß gegen das Prinzip der Rechtsgleichheit*

Die Parteien des Gesamtarbeitsvertrages haben bei ihrer Normsetzung das Prinzip der Rechtsgleichheit zu wahren. Die den staatlichen Gesetzgeber bindenden inhaltlichen Schranken der Rechtssetzung gelten sinngemäss auch für die tarifliche Normsetzung.

Die Effektivgarantieklausel kollidiert mit dem Grundsatz der Rechtsgleichheit. Wie bereits dargestellt,²⁵⁸ ist die tatsächliche Ungleichheit, an welche die Effektivgarantieklausel anknüpft, eine willkürliche und unter dem Gesichtspunkt der Vereinbarung kollektiver Mindestarbeitsbedingungen nicht erhebliche tatsächliche Ungleichheit. Sie vermag eine *rechtliche* Ungleichheit sachlich nicht zu rechtfertigen.²⁵⁹ Die Effektivgarantieklausel erweist sich somit als Verstoß gegen den aus Art. 4 BV abgeleiteten tariflichen Gleichheitssatz.²⁶⁰ Sie kann nicht rechtswirksam vereinbart werden.²⁶¹

256 Vgl. dazu WESPI, a.a.O. 84f.

257 Wenn WESPI, a.a.O. 97ff., auf die Bedeutung des Kartellgesetzes im Zusammenhang mit der Drittwirkungsfrage hinweist, um zu zeigen, dass es allein Aufgabe des Gesetzgebers sei, die mit der Drittwirkung anvisierten Ziele zu verwirklichen, und nicht jene des Richters (unter Abstützung auf eben die Drittwirkung), dann darf für den hier in Frage stehenden Bereich die Besonderheit in Anspruch genommen werden, dass er gerade (und richtigerweise) vom Geltungsbereich des Kartellgesetzes ausgenommen ist.

258 Siehe vorn § 8 I.

259 Zur inhaltlichen Aussage des Grundsatzes der Rechtsgleichheit (Art. 4 BV) für die Rechtssetzung vgl. BGE 48 I 1ff.; 89 I 35; 100 I a 322ff.; 100 I a 43 sowie DANIEL MEYER, a.a.O. 24f.; IMBODEN/RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung (Bd. I, Basel und Stuttgart 1976) 423ff.

260 Mit diesem Gleichheitssatz nicht zu vereinbaren wäre auch die *tarifliche* Vereinbarung unterschiedlicher Mindestlöhne für Frauen und Männer derselben Berufskategorie, es sei denn, das Vorliegen einer erheblichen und relevanten tatsächlichen Ungleichheit würde bejaht.

261 Zum selben Ergebnis gelangen: OTTO ARREGGER, a.a.O. 71f.; MANFRED REHBINDER, a.a.O. 167f.

3. *Der verbandsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz*

Zumindest auf Arbeitnehmerseite ist Partei eines jeden Gesamtarbeitsvertrags ein Verband, und zwar ein in der Rechtsform des Vereins oder der Genossenschaft organisierter Verband.²⁶² Ein bei der Vereinbarung tariflicher Arbeitsbedingungen zu beachtendes Gleichbehandlungsgebot lässt sich deshalb auch aus dem im Verbandsrecht zur allgemeinen Geltung gelangten Gleichbehandlungsgrundsatz²⁶³ ableiten. Der verbandsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz ist gerade (aber nicht nur) bei der Genossenschaft und beim Verein angesichts ihrer personenbezogenen Mitgliedschaft allgemein anerkannt. Er gilt nicht nur für die Genossenschaft, wo er ausdrücklich und mit zwingender Wirkung gesetzlich positiviert ist (Art. 854 OR), sondern auch im Vereinsrecht.²⁶⁴

Der verbandsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz ist mit dem verfassungsmässigen Prinzip der Rechtsgleichheit nicht identisch, aber we-

262 Vgl. REHBINDER, a.a.O. 145; RENÉ SCHOOP, *Der Gesamtarbeitsvertrag* (Flawil 1969) 24.

263 Vgl. allgemein zum Prinzip der gleichmässigen Behandlung im Gesellschaftsrecht: WERNER VON STEIGER, in: *Schweizerisches Privatrecht VIII 1* (Basel und Stuttgart 1976) 298ff.

264 Kraft ungeschriebenen Rechts, soweit er nicht für bestimmte Beziehungen (Bsp. Art. 71 Abs. 2 ZGB) ebenfalls ausdrücklich durch Gesetz vorgesehen ist. Vgl. WALTHER HUG, *Die Gesetzgebung über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit*, WuR 1954, 153f.; A. EGGER, in: *Zürcher Kommentar zum ZGB*, Bd. 1, *Einleitung und Personenrecht* (2.A. Zürich 1930) N 24 zu Art. 75 ZGB; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, *Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts* (Bern 1974) 263; ANDREAS KELLER, *Die Ausschliessung aus dem Verein* (Diss. Freiburg CH 1979) 176ff.

Im Rahmen des Vereinsrechts sind Abweichungen von einer absoluten Gleichbehandlung der Mitglieder allerdings in weiterem Masse zulässig, als dies im Genossenschaftsrecht der Fall ist. Das manifestiert sich insbesondere bei der Frage der Stimmrechtsgleichheit, welche bei der Genossenschaft in absoluter Weise gesetzlich vorgeschrieben wird (Art. 885 OR), im Gegensatz zum Verein, wo eine abweichende Stimmrechtsregelung möglich ist, sofern sie sich aus dem Gesellschaftszweck rechtfertigen lässt. Vgl. MEIER-HAYOZ/FORMOSER, a.a.O. 78. Das will aber nicht heissen, dass beim Verein Abweichungen vom verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz zulässig wären. Der Gesetzgeber will damit vielmehr zum Ausdruck bringen, dass die Mitgliedschaftsrechte und -pflichten bei der Genossenschaft in noch ausgeprägterem Masse auf die Person des Mitgliedes bezogen sind als dies beim Verein und bei anderen Personengesellschaften der Fall ist.

Das absolute Einmannstimmrecht des Art. 885 OR gilt als ein in der Genossenschaftsidee verwurzeltes und daher unantastbares Dogma. Vgl. ANTON HENI, in: *Schweizerisches Privatrecht II* (Basel und Stuttgart 1967) 545. Demgegenüber lässt das Vereinsrecht Raum für eine flexiblere Ordnung, soweit sie sachlich begründet und dem Vereinszweck dienlich ist. Das darf jedoch keinesfalls im Sinne einer Emanzipation des Vereins von der Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes interpretiert werden. Auch der Verein kann nur unter gewissen Voraussetzungen ungleich behandeln, nämlich nur dann, wenn sich eine Ungleichbehandlung angesichts einer erheblichen tatsächlichen Ungleichheit der Mitglieder aus dem Gesellschaftszweck rechtfertigen lässt (z.B. kein Stimmrecht und kleinere Beitragspflicht von Passivmitgliedern eines Sportvereins).

sensverwandt; er ist aus derselben Rechtsidee geboren,²⁶⁵ die ihrerseits unmittelbar im Gerechtigkeitsbegriff wurzelt.²⁶⁶ GÖTZ HUECK²⁶⁷ sieht das entscheidende Element für alle im Privatrecht vorkommenden Gleichbehandlungsfälle in der Gemeinschaftsbindung zwischen den eine gleichmässige Behandlung erfahrenden Personen. Huecks Erklärung der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlung auf der Ebene des Einzelarbeitsvertrages mag angesichts der dort kaum greifbaren Gemeinschaftsverhältnisse zweifelhaft sein,²⁶⁸ im hier interessierenden Fall der gesamtarbeitsvertraglichen Gleichbehandlung hingegen ist sie überzeugend.²⁶⁹ Hier bereitet es keine Mühe, das ausschlaggebende Gemeinschaftsverhältnis und eine entsprechende Gemeinschaftsbindung zu erkennen. Auf Arbeitnehmerseite ist stets eine auf freiwilligem Zusammenschluss beruhende (tariffähige) Vereinigung gegeben, weshalb die gesamtarbeitsvertragliche Gleichbehandlung in der Tat auch aus der Mitgliedschaft im jeweiligen Verband hergeleitet werden kann.

Der verbandsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz bindet die Koalition zunächst nur im Innenverhältnis gegenüber ihren Mitgliedern.²⁷⁰ Den Gesamtarbeitsvertrag schliesst die Koalition mit Dritten im Aussenverhältnis ab. Es wäre aber nicht einzusehen, weshalb das Prinzip der gleichmässigen Behandlung der Mitglieder hier nicht zum Tragen kommen sollte. Mittels Gesamtarbeitsvertrag vermag die Koalition die Vertragsfähigkeit ihrer Mitglieder zu beschränken. Sie begründet damit Rechte und Pflichten ihrer Mitglieder für den Fall, dass diese mit einem tarifgebundenen Mitglied des Tarifpartners (respektive mit diesem selbst) individuell kontrahieren. Stellt die Mitgliedschaft schon Voraussetzung der Tarifgebundenheit dar, dann wird der Verband auch die Mitgliedschaftsrechte respektieren müssen, wenn er von seiner Tariffähigkeit Gebrauch macht. Angesichts der gesetzlich vorgesehenen Einwirkungspflicht des Verbandes auf seine Mitglieder (Art. 357 a Abs. 1 OR) gilt dies schon für lediglich schuldrechtliche Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages. Die Mitgliedschaftsrechte sind erst recht da zu beachten, wo die Koalition im Aussenverhältnis Rechte und

265 R. RICHARDI, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses (München 1968) 348; GÖTZ HUECK, Der Grundsatz der gleichmässigen Behandlung im Privatrecht (München und Berlin 1958) 96.

266 G. HUECK, a.a.O. 2f. und 96; W. VON STEIGER, a.a.O. 299. In der Schweiz fundiert das Gleichbehandlungsprinzip weitgehend auf dem Prinzip von Treu und Glauben. Das Bundesgericht betrachtet es allerdings als *lex specialis* gegenüber Treu und Glauben (BGE 69 II 248f.; 95 II 162f.).

267 G. HUECK, a.a.O. 151ff.

268 Vgl. dazu DANIEL MEYER, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im schweizerischen Arbeitsrecht (Bern 1976) 50ff.

269 Vgl. G. HUECK, a.a.O. 105 (N 20); 133f., 222ff. und 232; RICHARDI, a.a.O. 348ff.

270 Handelt es sich doch um ein Mitgliedschaftsrecht.

Pflichten ihrer Mitglieder gegenüber Dritten zu begründen vermag, wo sie also nicht einmal mehr darauf angewiesen ist, eine als Koalition im Aussenverhältnis eingegangene Verpflichtung durch entsprechenden Verbandsbeschluss ins Innenverhältnis zu transponieren und damit zur Mitgliedschaftspflicht zu machen. Die Fähigkeit der Koalition, tarifliche Arbeitsbedingungen für ihre Mitglieder auszuhandeln, kann nicht weiterreichen als ihre Fähigkeit, die Einhaltung dieser Bedingungen durch Verbandsbeschluss im Innenverhältnis zu Mitgliedschaftsrechten oder -pflichten zu machen. Der verbandsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz erweist sich somit als Grenze der Tariffähigkeit überhaupt. Eine gesamtarbeitsvertragliche Bestimmung, welche mit dem verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz nicht vereinbar ist, kann keine Rechtswirksamkeit entfalten.

Der Umstand, dass sich die Tarifgebundenheit unter gewissen Voraussetzungen auch auf Aussenseiter erstreckt, spricht keineswegs gegen eine Begründung des tariflichen Gleichbehandlungsgebotes mittels verbandsrechtlichem Gleichbehandlungsgrundsatz, wie BIEDENKOPF²⁷¹ meint. Es trifft zu, dass der verbandsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz nur die Mitglieder schützt. Die Tarifgebundenheit ist aber auch auf die Verbandsmitglieder beschränkt. Aussenseiter können nicht ohne ihr eigenes Zutun (Anschluss) oder dasjenige des Staates (Allgemeinverbindlicherklärung) in den persönlichen Geltungsbereich eines Gesamtarbeitsvertrages gelangen. Es erscheint als selbstverständliche Bedingung eines jeden Anschlussvertrages, dass derjenige, der den Anschluss erklärt, insoweit die gleiche Rechtsposition innehaben soll, wie die übrigen Tarifgebundenen. Bei der Allgemeinverbindlicherklärung ist man ohnehin nicht auf den verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz angewiesen, da dort das Prinzip der Rechtsgleichheit schon ausdrücklich in Verfassung und Gesetz verankert ist.

Interessanterweise sieht das Gesetz überall da ausdrücklich die Gleichbehandlung vor, wo sich der verbandsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz nicht auszuwirken vermag. Zu nennen ist neben der Allgemeinverbindlicherklärung Art. 356 Abs. 4 OR, wonach mehrere Verbände, welche an einem Gesamtarbeitsvertrag beteiligt sind, im Verhältnis gleicher Rechte und Pflichten zueinander stehen müssen. Der verbandsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz vermöchte die Gleichbehandlung nur innerhalb des jeweiligen Mitgliederkreises jedes einzelnen Verbandes zu gewährleisten, nicht aber im gesamten Adressatenkreis des Gesamtarbeitsvertrages. Die «interverbandliche» Gleichbehandlung kann sich nur aus anderem Rechtsgrunde ergeben.

Wie BV 4 im Bereiche des Staatsrechtes will auch der verbandsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz das Prinzip der *relativen* Rechtsgleichheit verwirklichen.²⁷² Er gebietet nicht eine absolute Gleichbehandlung, sondern lässt es zu, dass Ungleiches nach einem der in Frage stehenden Gemeinschaft *wesensgemässen Massstab*²⁷³ ungleich behandelt wird. Entscheidend ist, dass nur bestimmte tatsächliche Ungleichheiten eine Ungleichbehandlung rechtfertigen können, alle anderen aber irrelevant bleiben müssen. Die Festsetzung individueller und ungleicher Tariflöhne durch eine gesamtarbeitsvertragliche Effektivgarantieklausel stellt allein auf die Verschiedenheit der individuellen Effektivlöhne ab, wie immer diese auch entstanden sein mag. Diese tatsächliche Ungleichheit im Einzelarbeitsverhältnis vermag jedoch die erwähnte kollektive Ungleichbehandlung niemals zu rechtfertigen. Unter dem Gesichtspunkt der Festsetzung kollektiver Mindestarbeitsbedingungen kann die individuelle übertarifliche Lohndifferenzierung keine relevante tatsächliche Ungleichheit sein, umso mehr als sie weitgehend Resultat privatautonomer Willkür ist. Die Zementierung dieser individuellen übertariflichen Ungleichheiten widerstrebt Wesen und Zweck einer tariffähigen Koalition.

III. *Die Effektivgarantieklausel als Verstoss gegen das die Tarifparteien bindende Gleichheitsgebot*

Die Effektivgarantieklausel führt zu einer Ungleichbehandlung der tarifgebundenen Arbeitnehmer und beim zweiseitig korporativen Gesamtarbeitsvertrag auch der Arbeitgeber. Diese Ungleichbehandlung ist unzulässig; sie stellt einerseits einen Verstoss gegen den aus BV 4 abzuleitenden tariflichen Gleichheitssatz dar und verstösst andererseits gegen den die Tarifparteien bindenden verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Die Effektivgarantieklausel kann deshalb nicht rechtswirksam vereinbart werden.

§ 9 Weitere Einwände gegen die Zulässigkeit der Effektivgarantieklausel

In der deutschen Lehre zum kollektiven Arbeitsrecht wurde eine ganze Anzahl von Grundsätzen entwickelt, mit welchen die Effektivgarantieklausel kollidiert. Sie sind grösstenteils Resultat einer funktionellen Be-

272 Zum Inhalt des verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes vgl. insbesondere MAX GERWIG, Schweizerisches Genossenschaftsrecht (Bern 1957) 268ff.
273 GERWIG, a.a.O. 271.

trachtungsweise des kollektiven Arbeitsvertrages, da sie aus dessen Wesen hergeleitet werden. Wie weit sich jedoch solche Grundsätze als eigentliche Rechtsgrundsätze durchzusetzen vermögen, lässt sich, soweit und solange sie einer eindeutigen gesetzlichen Grundlage entbehren, nur anhand einer umfassenden Auswertung der einschlägigen Gerichtspraxis eruieren.

Wenn nachfolgend einige dieser in der Theorie entwickelten Grundsätze aufgeführt werden, so darf daraus nicht der Schluss gezogen werden, die Unzulässigkeit der Effektivgarantieklausel lasse sich schon allein damit begründen, dass sie mit diesen Grundsätzen nicht vereinbar ist. Weder in Deutschland noch in der Schweiz darf davon ausgegangen werden, dass sich diese Grundsätze bereits zu leitenden Rechtsgrundsätzen des kollektiven Arbeitsrechts verdichtet haben. Allerdings erweisen sich diese Grundsätze teilweise als Abstrahierungen und Verallgemeinerungen gewisser Aspekte der bereits behandelten Einwände gegen die Effektivgarantieklausel.

1. *Das Verbot tariflicher Individualregelungen*

Die früher herrschende Lehre in Deutschland sowie das deutsche Bundesarbeitsgericht¹ vertreten die Auffassung, Gegenstand kollektiver Regelung durch tarifliche Inhaltsnormen könne nur die Festsetzung allgemeiner (und gleicher) Mindestarbeitsbedingungen sein.² Diese Auffassung erscheint namentlich unter dem Gesichtspunkt der Ordnungsfunktion des kollektiven Arbeitsvertrages als zutreffend. Wie weit sie neben dem tariflichen Gleichheitsgebot einerseits und dem Prinzip der individuellen Vertragsfreiheit im übertariflichen Bereich andererseits als eigenständiger, die Tarifautonomie begrenzender Rechtsgrundsatz überhaupt Bestand haben kann, ist zweifelhaft, bleibe aber hier dahingestellt.

1 BAG, 14.2.1968, AP Nr. 7 zu § 4 TVG Effektivklausel.

2 Vgl. FRANZ-JÜRGEN SÄCKER, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht (Berlin 1972) 269f. sowie die dort zitierten Autoren; A. KARAKATSANIS, Die kollektivrechtliche Gestaltung des Arbeitsverhältnisses und ihre Grenzen (Heidelberg 1963) 104ff.; WALRAM SCHICHEL, Die Grenzen kollektivrechtlicher Regelung von Arbeitsentgelten (Diss. Münster 1961) 57f.

Mit Vorbehalt auch A. NIKSCH, Arbeitsrecht II (2.A. Tübingen 1959) 292, der jedoch (S. 120) dafür plädiert, mittels Arbeitskampf könne auch ein individualrechtliches Ziel verfolgt werden, was m.E. inkonsequent ist.

Anderer Auffassung: HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch des Arbeitsrechts II · 1, 251f.; A. SÖLLNER, Arbeitsrecht (6.A. Stuttgart 1978) 131; REINHARD RICHARDI, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses (München 1968) 339ff.; WITDEMANN-STUMPE, a.a.O. N 112 zu § 1 TVG. Angesichts dieser zahlreichen abweichenden Auffassungen kann heute kaum mehr behauptet werden, die Auffassung, tarifliche Normen müssten generellen Charakter haben, sei die herrschende Auffassung.

Das Verbot tariflicher Individualregelungen lässt sich nur *teleologisch* rechtfertigen. Versuche, ein solches Verbot aus dem Begriff der Rechtsnorm abzuleiten,³ sind ebenso untauglich wie die gegenteiligen Versuche, gegen die hier in Frage stehende Begrenzung der tariflichen Normsetzungsbefugnis mit normlogischen Argumenten zu debattieren.⁴ Die rechtstheoretische Erkenntnis, eine Rechtsnorm brauche nicht schon begriffsnotwendig einen generellen Charakter aufzuweisen, schliesst ein teleologisch gerechtfertigtes Verbot *tariflicher* Individualnormen nach geltendem Recht nicht aus.

Zur Rechtfertigung eines Verbotes tariflicher Individualregelungen beruft sich KARAKATSANIS⁵ auf das *Kollektivprinzip*, worunter er den Grundsatz versteht, dass im Gebiete des Arbeitsrechts nur kollektive Situationen Gegenstand kollektivrechtlicher Gestaltung sein können, während Individualsituationen der individualrechtlichen Gestaltung vorbehalten bleiben.⁶ Folgerichtig hält KARAKATSANIS den Einsatz der Kollektivmacht zur Erreichung und Beibehaltung von übertariflichen Löhnen und damit auch die Effektivklausel für unzulässig. Entsprechende kollektivrechtliche Massnahmen seien auf die individualrechtliche Regelung von Individualfällen gerichtet und würden deshalb die Kompetenzen und Befugnisse der arbeitsrechtlichen Kollektive bei weitem überschreiten.⁷ Die Effektivklausel beziehe sich nicht auf eine kollektive Situation, sondern mache zum Gegenstand tariflicher Gestaltung die Regelung von wenn auch mehreren, so doch in keinerlei Verbindung zueinander stehenden (unkollektivierten) Individu-

3 Was in der Weise geschieht, dass man, ausgehend vom historisch-konventionellen Normbegriff, nur die generell-abstrakte Vorschrift als Rechtsnorm anerkennt, mit der Konsequenz, dass die Effektivklausel als «Individualnorm» von den Parteien des Tarifvertrages, der laut § 1 Abs. 1 des deutschen Tarifvertragsgesetzes «Rechtsnormen» enthält, nicht vereinbart werden kann. Vgl. z.B. HELMUT FREY, Sind Tarifklauseln zulässig, die den Bestand übertariflicher Zuschläge garantieren? RdA 1960, 293.

4 Was K. ADOMEIT, Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht (München 1969) 72f. und 115, sowie RICHARDI, a.a.O. 339ff., tun, unter Abstützung auf die normlogische Theorie der Wiener rechtstheoretischen Schule, wonach jede rechtlich verbindliche Regel menschlichen Verhaltens, also auch die individuelle Regel, als Norm zu betrachten ist. Die normlogische Theorie ist aber, wie SÄCKER, a.a.O. 271, zu Recht betont, keine Rechtsinhalts-, sondern eine Rechtsformtheorie.

5 KARAKATSANIS, a.a.O. 107f.

6 KARAKATSANIS, a.a.O. 34ff. und 117. Vgl. auch vorn § 7 bei Anm. 17ff. Kritik hinsichtlich der Definition des Begriffes «kollektive Situation» und des von KARAKATSANIS verwendeten Gruppenbegriffes bei RICHARDI, a.a.O. 341ff.; sowie bei SÄCKER, a.a.O. 105f. (N 94), der im Ergebnis aber in vielen Punkten der Auffassung von KARAKATSANIS zustimmt.

KARAKATSANIS argumentiert zunächst normlogisch (S. 104–106) und weist erst für den Fall einer Annahme der Zulässigkeit von Individualgesetzen auf das Kollektivprinzip und eine teleologische Rechtfertigung dieser Grenze der tariflichen Regelungsbefugnis hin (S. 107 und 117).

7 KARAKATSANIS, a.a.O. 117.

alfällen. Damit verlasse der Tarifvertrag die ihm gestellte Aufgabe, generelle Regeln zur Normierung von kollektiven Situationen aufzustellen, durch die Mindestbedingungen für tatbestandsmässig bestimmte, gleichgestellte Arbeitsverhältnisse festgelegt werden sollen.⁸

TRÖSTER⁹ begründet das Verbot tariflicher Individualregelungen in erster Linie mit dem *Generalisationsprinzip*. Die Kollektivmassnahme sei stets eine generelle Massnahme. Die Effektivgarantieklausel sei mit dem Wesen des kollektiven Normenvertrages unvereinbar und widerspreche grundlegenden Prinzipien kollektiver Rechtsgestaltung. Nach dem Generalisationsprinzip würden die Partner des Gesamtarbeitsvertrages ebenso wie der Gesetzgeber der Verpflichtung zur generell-gleichmässigen Behandlung gleichartiger Sachverhalte unterliegen. Die Effektivgarantieklausel setze jedoch normierend unterschiedliche Lohnsätze als Tariflöhne fest, obwohl die unterschiedlich entlohten Arbeitnehmer derselben Tarifgruppe zugehören sollten, da sie sich in vergleichbarer Lage befänden. Statt seiner Aufgabe auf Herbeiführung einer generelltypischen Ordnung zu genügen,¹⁰ mache eine derartige Klausel den Gesamtarbeitsvertrag in Wahrheit zu einer Sammlung von individuellen Spezialtarifen. Diese Funktion sei einer kollektiven Regelung jedoch fremd.¹¹

2. *Das Prinzip der Sozialadäquanz*

BULLA¹² zieht das Prinzip der Sozialadäquanz im Rahmen des Versuchs einer Grenzziehung zwischen Kollektivmacht und Individualrechtssphäre für die Frage der Zulässigkeit von Effektivklauseln heran. Er geht nicht näher auf die Effektivgarantieklausel ein, da diese allgemein als unzulässig angesehen wird. Im Zusammenhang mit der begrenzten Effektivklausel geht BULLA davon aus, dass bei der Effektivklausel ein kollektivrechtlicher Eingriff zu Lasten des Arbeitgebers vorliegt. Dem Arbeitgeber werde mit der tariflichen Garantie der Aufrechterhaltung von einzelvertraglich zugesagten übertariflichen Zulagen die freie vertragliche Dispositionsmöglichkeit hierüber nach Individualrecht entzogen. Für die Zulässigkeit solcher Einengung der vertraglichen Gestaltungsfreiheit wäre zu fragen, ob sie aus einem kollektivrechtlich wahrzunehmenden Schutzinteresse zugunsten des

8 KARAKATSANIS, a.a.O. 119.

9 KLAUS TRÖSTER, Die individuelle und kollektive Gestaltung des Arbeitsverhältnisses (Diss. Freiburg CH 1965) 31f.

10 Womit TRÖSTER offensichtlich auf die Ordnungsfunktion des Gesamtarbeitsvertrages anspricht.

11 TRÖSTER, a.a.O. 54f.

12 G.-A. BULLA, Das Prinzip der Sozialadäquanz im Arbeitsrecht, RdA 1962, 6ff., vor allem S. 13.

Arbeitnehmers abgeleitet werden könne, das zudem gegenüber der vom Arbeitgeber zunächst vertragsfreiwillig geschaffenen und damit in seiner Disposition verbleibenden individuellen Berechtigung überwertig sei. Das sei kaum anzunehmen, was auf *Sozialinadäquanz* und damit Unzulässigkeit der Kollektivregelung hindeute.

3. *Verschiedene Einwände von Knitter*¹³

KNITTER leitet aus den allgemeinen Tarifvertragsfunktionen eine ganze Anzahl von Grundsätzen ab, mit welchen die Effektivgarantieklausel kollidiert. Er ist sich bewusst, dass die Schlussfolgerung der Unwirksamkeit von Normen aus solchen allgemeinen Grundsätzen, welche aus dem Wesen eines Rechtsinstituts abgeleitet werden, besonders leicht anfechtbar ist.¹⁴ Er folgert deshalb die Unwirksamkeit der Effektivgarantieklausel nicht aus ihrer Unvereinbarkeit mit diesen Grundsätzen im einzelnen, sondern gewinnt aus der Gesamtheit der festgestellten Funktionsdifferenzen das Ergebnis, dass die Effektivgarantieklausel gegen den *kollektiven Charakter* des Tarifvertrages verstosse.¹⁵ Mit der Effektivgarantieklausel werde die Idee des Tarifvertrages missbraucht oder zumindest unrichtig verwendet, da sie gegen allgemeine tarifliche Grundsätze verstosse.¹⁶ Sie verhindere oder störe

a) einen abgegrenzten Bereich der Privatautonomie (*kollektivfreier Raum*);¹⁷

b) die *Solidarität* der Arbeitnehmerschaft;¹⁸

c) eine *Typisierung* der Arbeitsverträge;¹⁹

d) die *Gleichmässigkeit* der Arbeitsbedingungen;²⁰

e) die *Stetigkeit* der Arbeitsbedingungen;²¹

f) die *Kartellwirkung* des Tariflohnes;²²

g) die *Tarifiklarheit* und damit die Rechtssicherheit;²³

13 UDO KNITTER, Möglichkeiten und Grenzen der Lohnänderung durch Tarifverträge (Diss. Köln 1960).

14 WOVON Z.B. GERHARD ETZEL, Zur Zulässigkeit tariflicher Effektivklauseln, AuR 1969, 257ff., ausgiebig Gebrauch macht. Obwohl ETZEL den Ausführungen KNITTERS in den meisten Punkten widerspricht – teilweise mit guten Gründen –, hält letztlich auch er die Effektivgarantieklausel wegen Verstosses gegen Art. 3 GG (Gleichheitssatz) für unwirksam.

15 KNITTER, a.a.O. 180f.

16 KNITTER, a.a.O. 187.

17 KNITTER, a.a.O. 164ff. Vgl. zum «kollektivfreien Raum» vorn § 7, Ziff. 2.

18 KNITTER, a.a.O. 171f.

19 KNITTER, a.a.O. 172ff. Die Tarifvertragsnormen könnten als wesensmässig kollektive Bestimmungen nur generelle, typische Regeln zum Inhalt haben.

20 KNITTER, a.a.O. 175ff. Darüber hinaus verstösst die Effektivgarantieklausel nach KNITTER auch gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 GG (Vgl. S. 164).

21 KNITTER, a.a.O. 177f.

22 KNITTER, a.a.O. 178.

23 KNITTER, a.a.O. 179.

- h) mit all diesen Faktoren den *Arbeitsfrieden*,²⁴ sowie
 i) einen funktionellen Unterschied zwischen tarifvertraglicher und individueller Lohnvereinbarung, indem sie eine buntscheckige Vielzahl individueller Lohnabreden zementiere.²⁵

Schliesslich verletze sie den Grundsatz der *Waffengleichheit* im kollektiven Arbeitsrecht.²⁶

Es ist kaum anzunehmen, dass sich im schweizerischen Arbeitsrecht die Unzulässigkeit der Effektivgarantieklausel mittels dieser von Knitter aufgezählten Fülle von Grundsätzen in überzeugender Weise begründen liesse. Argumenten aus dem Wesen eines Rechtsinstituts bleibt – soweit und solange sich dieses Wesen nicht einigermaßen greifbar in der gesetzlichen Regelung des entsprechenden Rechtsinstituts oder in der einschlägigen Rechtsprechung manifestiert – der Vorwurf nie erspart, dass sie sich möglicherweise nur deshalb aus dem Wesen des betreffenden Rechtsinstituts herauslesen lassen, weil sie vorher in dieses «hineingelesen» wurden.

B. Begrenzte Effektivklauseln

Nachdem die Unzulässigkeit der Effektivgarantieklausel feststeht, ist zu prüfen, ob die anderen Arten der Effektivklausel rechtlich verschieden zu beurteilen sind.

Was die Bestandsgarantieklausel anbelangt, darf dies sicherlich vorweg verneint werden, da sie, wie die Effektivgarantieklausel, den individuellen übertariflichen Effektivlohn zum individuellen Tariflohn umfunktioniert, mit dem Unterschied nur, dass sie sich betragsmässig mit dem Niveau des bisherigen Effektivlohnes begnügt, statt dieses noch zu erhöhen. Hingegen ist zu untersuchen, ob sich die begrenzte Effektivklausel oder allenfalls gewisse Unterarten der begrenzten Effektivklausel in relevanter Weise von der Effektivgarantieklausel unterscheiden.

§ 10 Struktur und Wirkungsweise der begrenzten Effektivklausel

TOMANDI¹ hat nicht ganz unrecht, wenn er feststellt, die rechtliche Struktur der begrenzten Effektivklausel sei offenbar von verborgener Schönheit. Wie im Märchen von des Kaisers neuen Kleidern sehe sie nahezu jeder,

24 KNITTER, a.a.O. 179f.

25 KNITTER, a.a.O. 180f.

26 KNITTER, a.a.O. 181f.

1 THEODOR TOMANDI, Probleme der kollektivvertraglichen Ist-Lohnregelung, ZAS 1969, 44.

der sie beschreibe, anders. Nur, auch Tomandl selbst macht da keine Ausnahme. Sein Versuch, ihr nicht auch zu erliegen, ist in mancher, aber nicht in jeder Hinsicht gelungen. Ein Bild dieser «verborgenen Schönheit», vielleicht das schönste, verdrängt er, nämlich jenes der *vertragsergänzenden* begrenzten Effektivklausel. Er behauptet, die Klausel wolle nach der Absicht ihrer Verfechter individuelle «Aufsorgungsabreden» um ihre Wirkung bringen.² Das trifft wohl für die vertragsverdrängende begrenzte Effektivklausel zu, hingegen nicht für die vertragsergänzende.³ TOMANDL'S Folgerung, die begrenzte Effektivklausel könne deshalb nicht als dispositive Tarifnorm gemeint sein, ist daher unzutreffend.⁴ Das will aber nicht heissen, dass TOMANDL auch mit seiner Schlussfolgerung unrecht habe, die begrenzte Effektivklausel stelle einen untauglichen Versuch dar, durch Verlagerung der Probleme, den gegen die Effektivgarantieklausel erhobenen Einwänden auszuweichen.

Dem nachfolgenden Überblick über die wichtigsten Deutungsversuche der begrenzten Effektivklausel muss vorausgeschickt werden, dass diese von verschiedenen Unterarten der begrenzten Effektivklausel ausgehen. Es handelt sich dabei durchwegs um Versuche, eine im Gegensatz zur Effektivgarantieklausel rechtlich zulässige Tarifklausel zu konstruieren, mit der sich möglichst viel des mit der Effektivgarantieklausel angestrebten Zielles erreichen lässt.

Die Befürworter der Zulässigkeit begrenzter Effektivklauseln haben sich stets bemüht nachzuweisen, dass die begrenzte Effektivklausel zwar einen tariflichen Anspruch auf Aufstockung der übertariflichen Zulagen begründe,⁵ jedoch keinen tariflichen Anspruch auf den solchermassen erhöhten Effektivlohn, weshalb dieser nicht zum Tariflohn werde, sondern nach wie vor individualrechtlich begründet und veränderbar bleibe.⁶ Vor allem

2 TOMANDL, a.a.O. 45.

3 Vgl. vorn § 5 bei Anm. 16.

4 In diesem Zusammenhang muss ferner beachtet werden, dass dispositive Tarifnormen im Schweizer Recht im Gegensatz zum österreichischen Recht zulässig sind.

5 Dieser tarifliche Anspruch wäre je nach Unterart der begrenzten Effektivklausel unabdingbar (bei der vertragsverdrängenden begrenzten E.) oder abdingbar (bei der vertragsergänzenden begrenzten E.).

6 Vgl. z.B. HUECK/NIPPERDEY, Lehrbuch des Arbeitsrechts II/1 (Berlin und Frankfurt 1967) 601. Gewollt sei nur eine Weiterzahlung der arbeitsvertraglichen übertariflichen Löhne (*ohne Änderung ihres Rechtscharakters*) neben dem neuen tariflichen Mindestlohn; HELMUT FREY, Sind Tarifklauseln zulässig, die den Bestand übertariflicher Zuschläge garantieren? RdA 1960, 292; KLAUS RUMPF, Zur Zulässigkeit sogenannter begrenzter Effektivklauseln in Tarifverträgen, BB 1968, 1164f.; EUGEN STAHLHACHE, Die Zulässigkeit der begrenzten Effektivklausel im Tarifvertrag, DB 1969, 793; *derselbe*, Die Beeinflussung der Effektivlöhne durch Tarifverträge, RdA 1962, 225f.; GERHARD ETZEL, Zur Zulässigkeit tariflicher Effektivklauseln, AuR 1969, 266: «Der neue übertarifliche Lohn ist zu keinem Zeitpunkt Tariflohn» (ETZEL lehnt aber die Zulässigkeit der *normativen* Effektivklausel ab); OTTO KUNZE, Begrenzte Effektivklauseln als Arbeitsbedingungen, AuR 1969, 231.

Es ist allerdings zu beachten, dass die genannten Autoren diese Behauptung nicht

NIKISCH⁷ und ihm folgend das deutsche Bundesarbeitsgericht⁸ halten dies zurecht für einen Widerspruch in sich. Über- oder aussertarifliche Löhne können nur individualrechtlich begründet sein; sie beruhen ausschliesslich auf dem Einzelarbeitsvertrag. Die Tarifparteien können ihre Bezahlung nicht anordnen, ohne sie zum Tariflohn zu machen. Im Gesamtarbeitsvertrag werden die kollektivrechtlichen (tariflichen) Ansprüche geregelt; im Einzelarbeitsvertrag die individualrechtlichen. Gesamtarbeitsvertrag und Einzelarbeitsvertrag stehen *nebeneinander* und regeln das Arbeitsverhältnis konkurrierend.⁹ Es kann nicht der eine die Ansprüche aus dem anderen begründen, es sei denn, er wäre Bestandteil dieses anderen. Die tariflichen Ansprüche werden aber gerade nicht zu Bestandteilen des Einzelarbeitsvertrages; sie gelten *unmittelbar* und brauchen deshalb nicht in individualvertragliche Ansprüche transformiert zu werden. Wo sie mit abweichenden einzelvertraglichen Ansprüchen kollidieren, ist anhand des Günstigkeitsprinzips zu ermitteln, ob die kollektivrechtliche oder die individualrechtliche Regelung den Vorrang hat. Der Einzelarbeitsvertrag ist und bleibt die übereinstimmende Willensäußerung *seiner* Parteien. Die Tarifparteien können daran nichts ändern. Die Einzelvertragsparteien bestimmen den Inhalt ihrer Vereinbarung selbst und allein. Im Gesamtarbeitsvertrag kann nicht geregelt werden, welchen Willens die Einzelvertragsparteien zu sein haben. Im Gesamtarbeitsvertrag können jedoch Mindestarbeitsbedingungen vereinbart werden, die abweichende einzelvertragliche Regelungen derogieren. Insofern geht dann der Wille der Tarifparteien dem Willen der Einzelvertragsparteien vor. Es wäre aber ein logischer Widerspruch, könnten die Tarifparteien einzelvertragliche Ansprüche begründen. Jeder aus dem Gesamtarbeitsvertrag fließende Anspruch ist und bleibt ein tariflicher Anspruch; er kann kein individualvertraglicher Anspruch sein, solange die Parteien des

etwa für alle Unterarten der begrenzten Effektivklauseln aufrechterhalten. Jeder stellt sie für «seine» Unterart der begr. F. auf. Nicht selten wird darauf hingewiesen, dies treffe für die von anderen beschriebenen Unterarten der Klausel nicht zu. Jene seien widersprüchlich, die eigene aber nicht. Jeder präsentiert seine Lösung als diejenige, welche sich bei anderen gerechtfertigte Einwände nicht gefallen lassen muss.

7 ARTHUR NIKISCH, Arbeitsrecht II (Tübingen 1959) 454; *derselbe*, Tarifvertragliche Effektivklauseln, BB 1961, 1206f. Gleicher Auffassung ferner: RICHARD RICHARDI, Die begrenzte Effektivklausel im Tarifvertrag, DB 1969, 1989; *derselbe*, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses (München 1968) 419ff.

8 BAG, AuR 1968, 316ff. Das BAG führt aus: «Durch Tarifvertrag kann (...) nicht bewirkt werden, dass ein Anspruch auf einen den Tariflohn übersteigenden Lohnanteil durch eine tarifl. Effektivklausel, also normativ, begründet wird, dass aber dieser Lohnanteil dennoch nicht als Tariflohn, sondern als arbeitsvertragl. geschuldet wird. In dieser Weise können die Rechtsquellen für Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis nicht vertauscht werden. (...) Es steht aber nicht zur Disposition der Tarifvertragsparteien, einen kraft Normwirkung begründeten Anspruch als einzelvertragl. fortbestehen zu lassen.»

9 Vgl. vorn § 7, 3. bei Anm. 26ff.

Einzelarbeitsvertrages ihn nicht rezipieren, d.h. zu ihrem eigenen Willen machen. Begründet also der Gesamtarbeitsvertrag mittels begrenzter Effektivklausel Anspruch auf einen Lohn bestimmter Höhe, so handelt es sich bei diesem Lohn notwendigerweise um einen Tariflohn, und zwar unabhängig davon, ob und unter welchen Voraussetzungen er durch einzelvertragliche Abrede abdingbar sei. Die normativen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages brauchen nicht in jedem Falle unabdingbar zu sein; sie können auch nur dispositiven Wirkung haben (Art. 357 Abs. 1 OR, letzter Teilsatz).

Nun zu den einzelnen Konstruktionen der begrenzten Effektivklausel:

1. *Die begrenzte Effektivklausel als Tarifbeständigkeitsklausel*

STAHLHACHE¹⁰ teilt die Auffassung, dass es ein Widerspruch in sich wäre, könnte die begrenzte Effektivklausel einen Anspruch auf eine übertarifliche Zulage begründen. Ein Tarifvertrag könne nur Tariflöhne schaffen und keine übertariflichen Löhne bestimmen, die dann aber als einzelvertragliche Löhne bestehen sollen. Die begrenzte Effektivklausel dürfe jedoch nicht so aufgefasst werden. Ihr Kern liege nämlich darin, zwischen dem Anspruch auf die übertarifliche Zulage, der allein durch den Arbeitsvertrag begründet werde, und seinen *Modalitäten* zu unterscheiden.¹¹ Die begrenzte Effektivklausel beschränke sich darauf, die Frage der Aufstockung der übertariflichen Zulage zu regeln, und zwar in *unabdingbarer* Weise.¹² Die begrenzte Effektivklausel stellt nach STAHLHACHE das tarifliche Pendant zu einer einzelarbeitsvertraglichen Tarifbeständigkeitsklausel dar, worunter er eine Klausel versteht, welche für den Fall einer Tariflohnerhöhung die Aufstockung der vereinbarten übertariflichen Zulage vorsieht. Ihre Wirkung erschöpfe sich in der Aufstockung der Zulage auf den erhöhten Tariflohn. Darüber hinaus habe sie keinerlei Wirkung. Mit der Vereinbarung der Zulage an sich habe das nichts zu tun. Die Zulage könne mit oder ohne eine solche Tarifbeständigkeitsklausel vereinbart werden. Somit zähle die bewirkte Effektuierung der Zulage, also die Aufstockung, nicht zum Leistungsinhalt der Zulage. Sie erscheine lediglich als *Modalität* des Anspruches auf die Zulage. Die begrenzte Effektivklausel setze den Anspruch auf die übertarifliche Zulage voraus. Ohne diesen greife sie ins Leere. Der Anspruch auf

10 EUGEN STAHLHACHE, Die Zulässigkeit der begrenzten Effektivklausel im Tarifvertrag, DB 1969, 791ff.; derselbe, Die Beeinflussung der Tariflöhne durch Tarifverträge, RdA 1962, 223ff.; derselbe, Zulässigkeit und Wirkungen tariflicher Effektivklauseln, RdA 1957, 446ff.

11 STAHLHACHE, a.a.O., DB 1969, 793 vor allem Anm. 15.

12 STAHLHACHE, a.a.O., DB 1969, 793. STAHLHACHE geht demnach von einer *vertragsverdrängenden* begrenzten Effektivklausel aus.

die übertarifliche Zulage und damit auf den übertariflichen Lohn beruhe allein auf dem Einzelarbeitsvertrag, und zwar vor, während und nach der Aufstockung. Der Tarifvertrag modifiziere lediglich seinen Inhalt, indem er bestimme, dass der übertarifliche Lohn neben dem neuen erhöhten Tariflohn weiterzuzahlen sei.¹³ Ein Unterschied zum Fall des tariflichen Abtretungsverbotesei nicht ersichtlich.

Dieses von STAHLHACKE gezeichnete Bild der begrenzten Effektivklausel ist ein Trugbild. Man mag es drehen und wenden, wie man will: Zweck der begrenzten Effektivklausel bleibt die Verhinderung der Anrechnung der Tariflohnerrhöhung respektive die Erhöhung der im Zeitpunkte der Tariflohnerrhöhung bestehenden übertariflichen Effektivlöhne. Es soll ein Anspruch auf einen um die Tariflohndifferenz erhöhten Effektivlohn begründet werden, wo individualrechtlich kein solcher besteht oder gar ausdrücklich das Gegenteil verabredet ist. Das ist mehr als eine Modalität des Anspruches auf eine übertarifliche Zulage. Schon die Stückelung des Effektivlohnes in Tariflohn und übertarifliche Zulage ist irreführend, da sich richtigerweise nur Tariflohn einerseits und Effektivlohn andererseits gegenüberstehen, wie immer die Höhe des Effektivlohnes auch kalkulatorisch bestimmt sein mag. Der Anspruch auf Erhöhung des Effektivlohnes kann nicht vom Anspruch auf den höheren Effektivlohn unterschieden werden. Der erhöhte Effektivlohn kann aufgrund des Gesamtarbeitsvertrages beansprucht werden. Es handelt sich folglich um einen tariflichen Anspruch auf einen (individuellen) Lohn bestimmter Höhe und damit um nichts anderes als um einen Tariflohn.

Der Anspruch auf eine tarifbeständige übertarifliche Zulage, also der Anspruch auf einen Effektivlohn, der sich mit der jeweiligen Tariflohnerrhöhung verändern soll, ist ein aliud im Vergleich zu einem Anspruch auf eine nicht-tarifbeständige übertarifliche Zulage, und zwar dem *Leistungsinhalte* nach.¹⁴ Die Unterscheidung in tarifbeständige und nicht-tarifbeständige übertarifliche Zulagen ist ohnehin Resultat einer untauglichen Betrachtungsweise. Entweder ist der einzelvertraglich verabredete Effektivlohn höher als der Tariflohn, in welchem Falle einzig und allein der Effektivlohn massgebend ist, weil er als Folge des Günstigkeitsprinzips der tariflichen Lohnregelung vorgeht, oder dann gilt der Tariflohn unmittelbar. Rechtlich unmöglich ist aber die gleichzeitige Anwendbarkeit konkurrierender tariflicher und einzelvertraglicher Regelungen desselben Sachverhaltes. *Übertarifliche* Effektivlöhne oder Zulagen sind stets «tarifbeständig»; die Tarifpar-

13 STAHLHACKE, a.a.O., DB 1969, 793. Diese Behauptung STAHLHACKES ist insofern irreführend, als sie eher bei der neutralen Bestandsklausel als bei der begrenzten Effektivklausel zutrifft.

14 Zutreffend R. RICHARDI, Kollektivgewalt und Individualwille, a.a.O. 420ff.

teien müssen sie respektieren. Werden sie der Höhe nach vom Tariflohn eingeholt, so verlieren sie ihre Eigenschaft, übertariflich zu sein. Was STAHLHACKE als Tarifbeständigkeitsklausel bezeichnet, ist in Wirklichkeit eine an die Suspensivbedingung der Tarifloohnerhöhung geknüpfte, einzelvertraglich verabredete Effektivloohnerhöhung. Ihr Umfang ist durch Verweis auf jene der künftigen Tarifloohnerhöhung bestimmt. Es leuchtet ein, dass es unter diesen Umständen nicht angängig sein kann, die Tarifbeständigkeitsklausel als verselbständigte Modalität des Anspruches auf eine übertarifliche Zulage zu bezeichnen. Es geht um die Bestimmung des Umfanges einer vom Arbeitgeber zu erbringenden Leistung. Nicht eine Modalität, sondern der Inhalt einer Leistung steht in Frage. Durch Übernahme der einzelvertraglichen Tarifbeständigkeitsklausel im Sinne STAHLHACKES in den Gesamtarbeitsvertrag würde deshalb wiederum jener widersprüchliche tarifliche Anspruch auf Erhöhung eines einzelvertraglichen Anspruches begründet.

2. *Die begrenzte Effektivklausel als negative Inhaltsnorm*

Als untauglich erweist sich auch der Versuch, die begrenzte Effektivklausel im Sinne einer negativen Inhaltsnorm¹⁵ zu konstruieren, um damit die These zu stützen, es sei möglich, einen tariflichen Aufstockungsanspruch zu begründen, ohne gleichzeitig den erhöhten Effektivlohn zu einem Tariflohn zu machen.

Die Verfechter dieser Auffassung¹⁶ meinen, die Wirkung der begrenzten Effektivklausel erschöpfe sich darin, dass den Parteien des Einzelarbeitsvertrages verboten werde, die übertarifliche Zulage allein aus Anlass einer Tarifloohnerhöhung zu kürzen oder in Wegfall zu bringen. Die begrenzte Effektivklausel wolle und könne nicht übertarifliche Ansprüche erzeugen, sondern als negative Inhaltsnorm übertarifliche, einzelarbeitsvertragliche Ansprüche erhalten.¹⁷

Hauptfehler dieser Auffassung ist, dass sie den Bestand eines Aufstockungsanspruches voraussetzt. Die begrenzte Effektivklausel will aber nicht einen bestehenden Aufstockungsanspruch erhalten, sondern einen fehlenden Aufstockungsanspruch begründen.

Wenn die Tarifparteien den Parteien des Einzelarbeitsvertrags verbieten, die Aufsaugung übertariflicher Zulagen für den Fall von Tarifloohner-

15 Die negativen Inhaltsnormen besagen, welchen Inhalt das Arbeitsverhältnis *nicht* haben darf oder hat. Vgl. NIKISCH, Arbeitsrecht II (2. A. Tübingen 1959) 290.

16 EDUARD BÖTTICHER, Die Ausübung der Tarifmacht durch negative Inhaltsnormen, RdA 1968, 418ff. (420); HUECK/NIPPERDEY, Lehrbuch des Arbeitsrechts II/2 (7. A. Berlin und Frankfurt 1970) 1018 u. 1164f.; KLAUS RUMPF, Zur Zulässigkeit sogenannter begrenzter Effektivklauseln in Tarifverträgen, BB 1968, 1165.

17 HUECK/NIPPERDEY, a.a.O. 1068.

höhungen zu verabreden, so bleibt die Frage des Schicksals der übertariflichen Zulage bei Tariflohnerhöhungen eine rein individualrechtliche. Die Tariflohnerhöhung an sich vermag dann nach wie vor ohne das Hinzutreten eines individualrechtlichen Grundes in keinem Falle die Aufstockung zu bewirken.¹⁸ Wo dieser zusätzliche Rechtsgrund auf individualrechtlicher Ebene fehlt, kann der Gesamtarbeitsvertrag nur mittels einer *positiven* Inhaltsnorm einen Aufstockungsanspruch begründen. Erst dann erhält eine damit verknüpfte negative Inhaltsnorm im oben erwähnten Sinne eine weitergehende praktische Bedeutung, indem sie die begrenzte Effektivklausel durch Ausschluss abweichender individualvertraglicher Abreden qualifiziert (vertragsverdrängende begrenzte Effektivklausel).¹⁹

Als negative Inhaltsnorm lässt sich die begrenzte Effektivklausel nicht konstruieren.²⁰ Was als Verbot ausgegeben wird, ist nämlich, wie TOMANDL²¹ es treffend formuliert, etwas Positives: In Wahrheit soll ein neuer Anspruch begründet werden.

Was WIEDEMANN/StUMPF²² als *partiell*es Abschlussverbot²³ bezeichnen, ist im Grunde genommen ebenfalls eine solche negative Inhaltsnorm, deren Wirkung sich allerdings auf die Zukunft beschränkt. WIEDEMANN/StUMPF sind der Auffassung, es bestünden keine Bedenken gegen eine tarifliche Klausel, welche den Parteien des Einzelarbeitsvertrages künftig verbietet, ein übertarifliches Entgelt zu versprechen, ohne dies gleichzeitig zum jeweiligen Tariflohn zuzusagen. Eine solche Klausel wäre jedoch mit dem Günstigkeitsprinzip nicht zu vereinbaren, da eine nicht aufzustockende übertarifliche Zulage sicherlich stets für den Arbeitnehmer günstiger ist als gar keine.²⁴

18 Ähnlich: GERHARD ETZEL, Zur Zulässigkeit tariflicher Effektivklauseln, AuR 1969, 264.

19 Falls bereits ein individualrechtlicher Anspruch besteht, hätte die negative Inhaltsnorm eine der Effektivgarantieklausel sehr nahe Funktion. Sie würde den bestehenden Aufstockungsanspruch und damit den durch Aufstockung erhöhten Effektivlohn tariflich garantieren. Der auf diese Weise entstehende Tariflohn wäre zwar nicht gänzlich unabdingbar, zumindest jedoch für den Fall, dass man ihn aus Anlass der Tariflohnerhöhung senken wollte. Eine solche negative Inhaltsnorm wäre deswegen nicht nur von geringer praktischer Bedeutung – die Effektivklausel will jene Fälle regeln, wo kein Aufstockungsanspruch besteht –, sondern an den gleichen Massstäben zu messen, wie eine Effektivklausel im Sinne einer positiven Inhaltsnorm.

20 Ebenso: ETZEL, a.a.O. 264; RICHARDI, Die begrenzte Effektivklausel im Tarifvertrag, DB 1969, 1987f.; TOMANDL, a.a.O., ZAS 1969, 44f.

21 TOMANDL, a.a.O., ZAS 1969, 45.

22 WIEDEMANN/StUMPF, a.a.O. N 270 zu § 4 TVG.

23 Zum Begriff «Abschlussverbot» vgl. M. REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht (5. A. Bern 1979) 163f.

24 Der in Deutschland verbreiteten Ansicht, das Günstigkeitsprinzip gelte nur bei positiven Inhaltsnormen, nicht aber bei negativen, kann nicht zugestimmt werden. Man muss sicherlich differenzieren, wie WLOTZKI, Das Günstigkeitsprinzip (Heidelberg 1957) S. 26f., zu Recht ausführt. Unzutreffend z. B.: NIKISCH, a.a.O. 423, wonach die Frage der Günstigkeit bei den negativen Inhaltsnormen gar nicht aufgeworfen werden kann; RICHARDI, a.a.O., DB 1969, 1987.

3. Die begrenzte Effektivklausel als Auslegungs- oder Beweislastregel

Die Zulässigkeit der begrenzten Effektivklausel im Sinne einer Auslegungs- oder Beweislastregel befürworten namentlich BUTZ und VITS.²⁵ Es wäre sicherlich möglich, die vertragsergänzende begrenzte Effektivklausel als Auslegungs- oder Beweislastregel zu formulieren. Mehr als deskriptive Bedeutung dürfte dem jedoch kaum zuzumessen sein. Eine in diesem Sinne formulierte Klausel kann, soweit sie einen Aufstockungsanspruch zu begründen vermag, keine privilegierte rechtliche Beurteilung erfahren; sie ist selbstverständlich gleich zu behandeln wie eine ohne Umschweife als positive Inhaltsnorm formulierte vertragsergänzende Effektivklausel. Im Ergebnis wird auch hier ein tariflicher Anspruch auf eine Effektivloohnerhöhung begründet, wo individualrechtlich keiner bestünde. Was vermeintlich als «Beweislastregel» formuliert wird, muss sich letztlich als positive Inhaltsnorm mit dispositiver Wirkung erweisen. Im Klartext müsste diese Klausel etwa lauten: «Die übertariflichen Effektivlöhne sind im Umfange der Tarifloohnerhöhung anzuheben, es sei denn, es bestehe nachweislich eine abweichende einzelvertragliche Abrede.»

Die Tarifparteien sind nicht dazu berufen, die gesetzliche Regelung der Beweislast als solche zu ändern. Wenn ihre Regelung gewisser Ansprüche auch faktisch auf eine Umkehr der Beweislast hinauslaufen mag, so sind es dennoch immer nur die Ansprüche selbst – das Rechtsverhältnis –, welche sie rechtlich zu gestalten in der Lage sind. Der Richter wird auch dann, wenn er über die betreffenden Ansprüche zu entscheiden hat, einzig die gesetzlichen Beweislastregeln²⁶ anzuwenden und, falls eine Tatsache unbewiesen bleibt, zuungunsten desjenigen zu entscheiden haben, der die Beweislast

25 HANS BUTZ, Die rechtlichen Auswirkungen einer Tarifloohnerhöhung, DB 1958, 428ff.; HANS JOCHEN VITS, Zur rechtlichen Beurteilung der sogenannten Effektivklausel, DB 1961, 502ff.

Zustimmend: OTTO KUNZE, a.a.O., AuR 1969, 229, der zwischen der Auslegungsregel einerseits und der *dispositiven Ergänzungsnorm* andererseits unterscheidet. Die erstere greife nur im Zweifel ein und stelle den Willen der Einzelvertragsparteien klar, während die letztere als ergänzende Rechtsvorschrift für den Fall Platz greife, dass die Parteien nichts anderes verabredet haben. KUNZE hält beide für zulässig; *derselbe*, Zum Tarifvertragsrecht – Ein Grosskommentar, AuR 1978, 357; WIEDEMANN/STUMPF, a.a.O. N 268 zu § 4 TVG. Kritik bei RUMPF, a.a.O., BB 1968, 1164, der eine unterschiedliche Behandlung von Auslegungs- und Beweislastregeln im Vergleich zur begrenzten Effektivklausel im Sinne einer Inhaltsnorm nicht für gerechtfertigt hält. Er weist zu Recht darauf hin, dass in beiden Fällen gleiches angeordnet werde. RUMPF selbst hält aber die begrenzte Effektivklausel als Inhaltsnorm für zulässig.

Ablehnend: RICHARDI, a.a.O., DB 1969, 1987 u. 1991; *derselbe*, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses (München 1968) 423; NIKISCH, a.a.O., BB 1961, 1206f.; ETZEL, a.a.O., AuR 1969, 267f.; KNITTER, a.a.O. 236f.; TOMANDL, a.a.O. 53f. (wobei allerdings zu beachten ist, dass TOMANDL die Auslegungsregel, sofern sie im Sinne einer dispositiven Ergänzungsnorm wirken soll, deshalb ablehnt, weil dispositive Normen in Österreich unzulässiger Bestandteil des Kollektivvertrages sind).

26 Ob diese nun zum materiellen Recht zählen oder zum Prozessrecht, was streitig ist.

trägt, also regelmässig zuungunsten dessen, der aus dem beweislos gebliebenen Sachumstand Rechte ableiten will. Beim Vorliegen einer begrenzten Effektivklausel im Sinne der erwähnten «Beweislastregel» wird eben der Arbeitgeber die Sachbehauptung aufstellen, es liege eine einzelvertragliche *Aufsaugungsabrede* vor, weshalb der tarifliche Aufstockungsanspruch im konkreten Fall nicht durchgreife. Gelingt dem Arbeitgeber der Nachweis nicht, die tariflich vorgesehene Ausnahme sei gegeben, so hat der Richter aufgrund der für ihn allein massgebenden (gesetzlichen) Beweislastregeln zuungunsten des Arbeitgebers zu entscheiden, mit dem Resultat, dass der vom Arbeitnehmer geltend gemachte Aufstockungsanspruch geschützt wird.

4. *Die begrenzte Effektivklausel als dispositive Tarifnorm*

Überzeugend ist nur die Konstruktion der begrenzten Effektivklausel als positive Inhaltsnorm, die – je nach Unterart der Klausel – zumindest teilweise nur dispositiver Wirkung ist. Wie immer sie auch ausgestaltet sein mag: Sie begründet für einen mehr oder minder weiten Kreis von Einzelarbeitsverhältnissen einen tariflichen Anspruch auf Erhöhung des Effektivlohnes, welcher individualrechtlich nicht bestünde. Dieser Anspruch auf Erhöhung kann, wie vorn dargestellt, nicht vom Anspruch auf den erhöhten Lohn an sich getrennt werden. Im Gegensatz zur Effektivgarantieklausel will die begrenzte Effektivklausel jedoch den erhöhten Effektivlohn grundsätzlich in der Dispositionsbefugnis der Parteien des Einzelarbeitsvertrages belassen. Insofern handelt es sich bei der begrenzten Effektivklausel um eine dispositive Tarifnorm. Dispositiv ist sie allerdings nicht unbedingt in jeder Hinsicht. So nähert sie sich in ihrer Unterart als qualifiziert begrenzte Effektivklausel²⁷ schon sehr der Effektivgarantieklausel, indem sie die einzelvertragliche Abänderbarkeit des erhöhten Effektivlohnes einengt.²⁸ Bei der vertragsverdrängenden²⁹ Effektivklausel ist es gar der Aufstockungsanspruch selbst, der mit unabdingbarer Wirkung vorgesehen wird. Denkbar ist selbstverständlich auch die Kombination qualifizierte, vertragsverdrängende Effektivklausel. In jeder Hinsicht dispositiv ist einzig die nicht-qualifizierte, vertragsergänzende Effektivklausel.

27 Vgl. vorn § 5 bei N 14f.

28 Sei dies durch Ausschluss der rückwirkenden Lohnsenkung auf den Zeitpunkt der Tariflohnerhöhung, sei dies durch das Verbot der Lohnsenkung aus bestimmten Gründen.

29 Vgl. vorn § 5 bei Anm. 16.

§ 11 Die begrenzte Effektivklausel im Vergleich zur Effektivgarantieklausel

Nachdem sich herausgestellt hat, dass auch die begrenzte Effektivklausel einen tariflichen Anspruch auf einen um die Differenz zwischen altem und neuem Tariflohn erhöhten Effektivlohn verschafft, ist es offensichtlich, dass der Unterschied zur Effektivgarantieklausel ausschliesslich darin liegt, dass dieser tarifliche Lohnanspruch zumindest teilweise nur dispositiven Charakter hat. Die Effektivgarantieklausel führt zu unabdingbaren individuellen Tariflöhnen; die begrenzte Effektivklausel nur zu dispositiven.

Diese dispositiven individuellen Tariflöhne haben solange Bestand, als sie nicht durch einzelvertragliche Abreden derogiert werden, immer vorausgesetzt, dass das Niveau des generellen Tariflohnes nicht unterschritten wird. Die begrenzte Effektivklausel hat keineswegs nur eine «einmalige, punktuelle» normative Wirkung, wie namentlich STAHLHACHE¹ annimmt. Die Wirkung der begrenzten Effektivklausel beschränkt sich nicht nur auf die Aufstockung oder nur auf die Schaffung eines Tariflohnes für die Dauer von einer «juristischen Sekunde».² Wäre dem so, müsste es möglich sein, die begrenzte Effektivklausel kurz nach der in Frage stehenden Tariflohnerhöhung ausser Kraft zu setzen, ohne dass dies zur automatischen Reduktion der durch die Klausel erhöhten Effektivlöhne führte.

Das wäre bestenfalls bei einer Nachwirkung der Klausel möglich, welche das schweizerische Recht aber nicht kennt. Die Streichung der begrenzten Effektivklausel hätte ohne weiteres die Senkung des Effektivlohnes auf das letztmals einzelarbeitsvertraglich vereinbarte Niveau zur Folge, da der höhere Effektivlohn nur aufgrund der Effektivklausel beansprucht werden könnte. Die Effektivklausel könnte ja nicht die Parteien des Einzelarbeitsvertrages dazu verpflichten, eine Erhöhung des Effektivlohnes zu *verabreden*, sondern lediglich dazu, einen erhöhten Lohn zu gewähren. Ohne solche einzelarbeitsvertragliche Abrede entfällt aber gleichzeitig mit dem Wegfall der Effektivklausel jegliche Grundlage eines Anspruches auf einen höheren Effektivlohn. Kollektivrechtlich kann eben keine individualrechtliche

1 STAHLHACHE, a.a.O., RdA 1962, 225f.

2 Von «juristischer Sekunde» spricht in diesem Zusammenhang TOMANDL, a.a.O., ZAS 1969, 45. Er meint, es bestünde wenigstens theoretisch die Möglichkeit, die Klausel als selbständigen Kollektivvertrag zu deuten, dessen Geltungsdauer auf eine juristische Sekunde reduziert ist. Auch in diesem Fall würde für diese minimale Geltungsdauer ein Tariflohn geschaffen. Das übersieht TOMANDL, wenn er schreibt, in diesem Falle würde sich die Wirkung der Klausel auf die Aufstockung beschränken. Es ist nämlich nicht so, dass der Anspruch auf die Erhöhung des Effektivlohnes und der Anspruch auf den erhöhten Tariflohn zeitlich gestaffelt wären. Es gibt nur *einen* Anspruch.

Rechtsgrundlage begründet oder verändert werden. Die kollektivrechtliche Regelung kann wohl *anstelle*, nicht aber *als* individualrechtliche Regelung gelten.

Ferner kann für die rechtliche Beurteilung der Klausel kaum massgebend sein, ob sie nur eine «juristische Sekunde» oder länger wirkt. Nicht die Dauer, sondern die Qualität des Eingriffes ist entscheidend.

§ 12 **Der Unterschied rechtfertigt keine rechtlich verschiedene Beurteilung der begrenzten Effektivklausel**

Die Setzung dispositiver Tarifnormen unterliegt denselben Regeln, denen die Setzung unabdingbarer Tarifnormen unterworfen ist. Das steht ausser Zweifel. Folglich muss die begrenzte Effektivklausel aus denselben Gründen unwirksam sein wie die Effektivgarantieklausel,¹ unterscheidet sie sich doch, wie vorangehend dargestellt, von der Effektivgarantieklausel einzig dadurch, dass sie (wenigstens teilweise) nur dispositiver Wirkung ist. Der Unterschied ist nicht kategorial, sondern lediglich graduell. Eine Unterart der begrenzten Effektivklausel, nämlich jene qualifizierte, begrenzte Effektivklausel, welche eine auf den Zeitpunkt der Tariflohnerhöhung rückwirkende einzelvertragliche Lohnsenkungsabrede verbietet, ist ihrer Wirkung nach sogar mit der Effektivgarantieklausel identisch, allerdings nur für eine begrenzte Dauer. Die Folgerung, dass die begrenzte Effektivklausel aus denselben Gründen unwirksam sein muss wie die Effektivgarantieklausel, lässt sich am Beispiel der mildesten Unterart der begrenzten Effektivklausel, nämlich an der nicht qualifizierten, vertragsergänzenden begrenzten Effektivklausel belegen:

Auch diese Unterart der Klausel stellt einen unzulässigen Eingriff in die Freiheit der Einzelvereinbarung dar. Die übertariflichen Arbeitsbedingungen liegen in der *alleinigen* Dispositionsbefugnis der Parteien des Einzelarbeitsvertrages. Die hier in Frage stehende Klausel respektiert das nicht. Sie erhöht übertarifliche Effektivlöhne, welche individualrechtlich nicht zu erhöhen wären, und macht sie dadurch gleichzeitig zu individuellen dispositiven Tariflöhnen. Sie respektiert zwar die *abweichende* einzelvertragliche Abrede, jedoch nicht die Konsequenz fehlender einzelvertraglicher Abrede. Sie ändert und tarifiert individualrechtliche Positionen. Sie greift in unzulässiger Weise in die von den Einzelvertragsparteien geschaffene

¹ So zutreffend BAG, AuR 1968, 317.

Rechtssituation im übertariflichen Bereich ein. Auch die Setzung solcher dispositiver Normen stellt einen Eingriff in die individuelle Vertragsfreiheit dar. Die Umwandlung bisheriger Effektivlöhne in Tariflöhne (und deren gleichzeitige Erhöhung) ist unzulässig, ob sie nun mit unabdingbarer oder dispositiver Wirkung erfolge. Tatbestand auch dieser Effektivklausel ist nicht der Lohn an sich, sondern die einzelvertragliche Regelung über den Lohn. Die Tarifparteien setzen den in Frage stehenden Tariflohn nicht mit ihrer eigenen Regelung fest, sondern erklären den im übertariflichen Bereich vorgefundenen Effektivlohn zum (dispositiven) Tariflohn und erhöhen diesen gleichzeitig. Wenn es den Einzelvertragsparteien auch frei steht, den (nicht selbst vereinbarten) höheren Effektivlohn nachträglich wieder auf das frühere Niveau zu senken, sogar rückwirkend auf den Zeitpunkt der Tariflohnänderung, so darf dennoch nicht übersehen werden, dass es dazu des gegenseitigen Einverständnisses *beider* Parteien des Einzelarbeitsvertrages bedarf. Ohne Not wird der Arbeitnehmer dieser Lohnsenkung verständlicherweise nicht zustimmen. Wer der unzutreffenden Ansicht ist, der Arbeitgeber könne den Arbeitnehmer leicht zu diesem Einverständnis bringen (Änderungskündigung), der wird ohnehin zu qualifizierteren Arten der Effektivklausel greifen wollen.

Deutlich auf der Hand liegt auch der Verstoß gegen das die Tarifparteien bindende Gleichheitsgebot. Auch die mit dieser Art der Effektivklausel geschaffenen individuellen Tariflöhne führen zu einer unzulässigen Ungleichbehandlung, wie dies bei der Effektivgarantieklausel der Fall ist. Die Tatsache, dass es sich dabei um dispositive Tariflöhne handelt, ist irrelevant. Was als unabdingbare Tarifnorm gegen das Gleichheitsgebot verstößt, kann sich auch als dispositive Tarifnorm diesen Vorwurf nicht ersparen.

Was soeben am Beispiel der mildesten Art der begrenzten Effektivklausel belegt wurde,² muss erst recht für alle übrigen Unterarten der begrenzten Effektivklausel gelten sowie für die qualifizierte Bestandsklausel,³ da sie alle die einzelvertragliche Abänderbarkeit des übertariflichen Lohnes zusätzlich einschränken, wodurch sie sich der Effektiv- oder Bestandsgarantieklausel nähern.

2 Das erfolgte zwar nur anhand der beiden Haupteinwände gegen die Effektivklausel, doch heisst das keineswegs, dass die begrenzte Effektivklausel nicht auch an den weiteren Einwänden, welche gegen die Effektivgarantieklausel erhoben wurden, zu messen wäre. Die begrenzte Effektivklausel stünde ebenso wie die Effektivgarantieklausel im Widerspruch zu den zahlreichen aus dem Wesen des kollektiven Arbeitsvertrages hergeleiteten Grundsätzen (Vgl. vorn § 9).

3 Vgl. vorn § 5 bei N 6.

Ergebnis:

Auch die begrenzten Effektivklauseln können im Gesamtarbeitsvertrag nicht rechtswirksam vereinbart werden. Sie sind aus denselben Gründen unzulässig wie die Effektivgarantieklausel.⁴

C. Schuldrechtliche Effektivklauseln

Gegenstand der bisherigen Untersuchung war die normative Effektivklausel. Ohne Zweifel liesse sich die Effektivklausel auch als schuldrechtliche Bestimmung des Gesamtarbeitsvertrages formulieren. Es liegt deshalb die Frage nahe, ob eine Effektivklausel wenigstens mit obligatorischer Wirkung im Gesamtarbeitsvertrag rechtswirksam vereinbart werden könnte. Immerhin wurden die Schranken der tariflichen Regelungsbefugnis, an denen die normative Effektivklausel scheitert, weitgehend aus der Besonderheit der normativen Wirkung gesamtarbeitsvertraglicher Bestimmungen hergeleitet. Andererseits erschiene es als stossend, könnte mittels schuldrechtlicher Bestimmungen derselbe Regelungseffekt erzielt werden, den die Tarifparteien mit der normativen Effektivklausel anstreben. Schuldrechtliche Regelungen dürfen in ihrer Wirksamkeit keinesfalls unterschätzt werden. Das be-

4 Zum gleichen Ergebnis gelangen insbesondere: ARREGGER, Die normativen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages und ihr Verhältnis zum Einzelarbeitsvertrag (Diss. Bern 1974) 49; HERBERT M. DRIES, Die tarifliche Effektivklausel (Diss. Köln 1972) 131; GERHARD ETZEL, Zur Zulässigkeit tariflicher Effektivklauseln, AuR 1969, 269; ALEXANDER KARAKATSANIS, Die kollektivrechtliche Gestaltung des Arbeitsverhältnisses und ihre Grenzen (Heidelberg 1963) 122; UDO KNITTER, Möglichkeiten und Grenzen der Lohnänderung durch Tarifverträge (Diss. Köln 1960) 225; ARTHUR NIKSCH, Tarifvertragliche Effektivklauseln, DB 1961, 1205ff.; *derselbe*, Arbeitsrecht II (2.A. Tübingen 1958) 453f.; REINHARD RICHARDI, Die begrenzte Effektivklausel im Tarifvertrag, DB 1969, 1986ff.; *derselbe*, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses (München 1968) 419ff.; WALRAM SCHICHEL, Die Grenzen kollektivrechtlicher Regelung von Arbeitsentgelten (Diss. Münster 1961) 59ff.; GERHARD SCHMIDT, Das Günstigkeitsprinzip im deutschen und schweizerischen Arbeitsrecht (Diss. Freiburg CH 1969) 58ff.; OTTO HERBERT STRING, Tarifvertrag und Einzelarbeitsverhältnis (Diss. Erlangen 1963) 120f.; THEODOR TOMANDL, Probleme der kollektivvertraglichen Ist-Lohnregelung, ZAS 1969, 46; KLAUS TRÖSTLER, Die individuelle und kollektive Gestaltung des Arbeitsverhältnisses (Diss. Freiburg CH 1965) 56. Vgl. ferner BAG, AuR 1968, 316ff. Anderer Auffassung: Vgl. die vorn unter § 10 Anm. 6 erwähnten Autoren (mit Ausnahme von ETZEL) sowie WOLFGANG HÖLTERS, Harmonie normativer und schuldrechtlicher Abreden in Tarifverträgen (Berlin 1973) 175ff.; HANS REHHAIN, Tariflöhne und Effektivklauseln, AuR 1956, 289ff.; WOLFGANG ZÖLLNER, Arbeitsrecht (2.A. München 1979) 262; WIDEMANN STUMPI, Tarifvertragsgesetz (5.A. München 1977) N 267ff. zu § 4 TVG.

weist schon die Tatsache, dass nicht selten die Auffassung vertreten wurde,¹ die normative Wirkung sei angesichts der Möglichkeit, schuldrechtliche Regelungen zu treffen, entbehrlich.

§ 13 Harmonie normativer und schuldrechtlicher Bestimmungen im Gesamtarbeitsvertrag

Die Auffassung, die Tarifparteien seien in ihrer vertraglichen Gestaltungsmöglichkeit nur insoweit besonderen Grenzen unterworfen, als sie sich der ihnen von der Rechtsordnung zugestandenen Möglichkeit bedienen, normative Bestimmungen zu setzen, im übrigen aber gelte der Grundsatz der Vertragsfreiheit, ist zwar naheliegend, hält aber näherer Prüfung nicht stand, zumindest nicht in dieser absoluten Form. Die Fähigkeit, normative Bestimmungen zu vereinbaren, ist nur ein Aspekt der Tarifautonomie. Die Behauptung, eine tariffähige Koalition unterscheide sich in ihrem rechtlichen Können sonst in nichts von irgendeiner anderen privaten Vereinigung (etwa einem Kegelklub), wäre sicherlich abwegig. Abgesehen davon, dass den Koalitionen mannigfaltige Zuständigkeiten im Bereiche öffentlicher Ordnungsaufgaben zukommen (Beteiligung an der Verwaltung sozialer Institutionen; Anhörung vor Erlass bestimmter Gesetze und Verordnungen usw.), muss insbesondere ihre Arbeitskampffähigkeit sowie die Privilegierung ihres Haupttätigkeitsbereiches im Rahmen des Kartellrechts – das Kartellgesetz ist nicht anwendbar auf Verträge, Beschlüsse und Vorkehren, soweit sie ausschliesslich das Arbeitsverhältnis betreffen (Art. 1 KG) – in Betracht gezogen werden. Sicher gibt es Belange, in denen sich die Koalition nicht in relevanter Weise von anderen privaten Vereinigungen unterscheidet. Insofern steht auch ausser Zweifel, dass den Koalitionen die Berufung auf die privatautonome Vereinbarungsfreiheit offen steht. Soweit sie sich aber an der Regelung des Arbeitsverhältnisses beteiligen, soweit sie also von ihrer (in verschiedener Hinsicht privilegierten) *Regelungsbefugnis* Gebrauch machen, kann dies nicht vorbehaltlos zutreffen, auch dann nicht, wenn die Koalitionen davon absehen, die Regelung mit der besonderen Normwirkung zu versehen.

RICHARDI² ist zuzustimmen, wenn er schreibt: «Die *Befugnis zur Regelung* muss (...) den Mittelpunkt der Betrachtung bilden. Ihr gegenüber

¹ Namentlich von den Anhängern der Vertragstheorie. Vgl. vorn § 8 bei Anm. 150.

² R. RICHARDI, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses (München 1968) 198f.

ist es lediglich von sekundärer Bedeutung, ob die von den Tarifvertragsparteien vereinbarte Regelung die rechtlichen Beziehungen zwischen dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer unmittelbar beherrscht oder für diese nur mittelbar über den Abschluss eines besonderen Einzelvertrages, aber für die Tarifpartner erzwingbar gilt.» RICHARDI folgert daraus, die Schranken der *Regelungsbefugnis* müssten sowohl für den normativen wie für den schuldrechtlichen Teil gelten.³

Diese Folgerung RICHARDIS wird von der in Deutschland herrschenden Lehre zumindest im praktisch sehr bedeutsamen Fall der Beschränkung der Kollektivmacht durch das Günstigkeitsprinzip geteilt.⁴ Die These einer Harmonie normativer und schuldrechtlicher Abreden im Sinne eines generellen Grundsatzes, wonach mittels schuldrechtlicher Bestimmungen nicht erreicht werden kann, was normativ nicht verabredet werden darf, ist im übrigen aber in Deutschland umstritten.⁵ Als Vertreter der Harmonie- these dürfen insbesondere NIPPERDEY, MAYER-MALY und SÄCKER genannt werden, welche allerdings von verschiedenen dogmatischen Grundkonzepten ausgehen.⁶ Einschränkend oder etwas differenzierter befürworten NI-

³ RICHARDI, a.a.O. 199.

⁴ Höchstarbeitsbedingungen dürfen auch nicht mit schuldrechtlicher Wirkung vereinbart werden. Vgl. KURT BIEDENKOPF, Grenzen der Tarifautonomie (Karlsruhe 1964) 75ff.; WOLFGANG HÖLTERS, Harmonie normativer und schuldrechtlicher Abreden in Tarifverträgen (Berlin 1973) 186f.; HUECK/NIPPERDEY, Lehrbuch des Arbeitsrechts II/1 (Berlin und Frankfurt 1967) 574; RICHARDI, a.a.O. 373; WALRAM SCHICHEL, Die Grenzen kollektivrechtlicher Regelung von Arbeitsentgelten (Diss. Münster 1961) 18ff.; WERNER KREIS, Die Zulässigkeit von Höchstarbeitsbedingungen, RdA 1961, 99; ROLF DIETZ, Verbot der Verabredung überantflicher Arbeitsbedingungen durch Beschluss eines Arbeitgeberverbandes, DB 1965, 594; WILHELM HERSCHEL, Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien. Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages Essen 1966, Bd. II, Teil D (München und Berlin 1967) 19; OTFRIED WLOTZKE, Das Günstigkeitsprinzip (Heidelberg 1957) 24ff.; GERHARD SCHMIDT, Das Günstigkeitsprinzip im deutschen und schweizerischen Arbeitsrecht (Diss. Freiburg CH 1969) 32ff.; WILHELM WITZACK, Entwicklung und Ausbau des schweizerischen Gesamtarbeitsvertragsrechts (Diss. Göttingen 1958) 219; WIEDEMANN-STUMPF, Tarifvertragsgesetz (5. A. München 1977) N 219 zu § 4 TVG. Für das schweizerische Recht: Zustimmung GERHARD SCHMIDT, a.a.O. 32ff.; ablehnend OTTO ARREGGER, Die normativen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages und ihr Verhältnis zum Einzelarbeitsvertrag (Diss. Bern 1973) 128ff.

⁵ Einen Überblick verschafft die Darstellung von HÖLTERS, a.a.O. 46ff.

⁶ NIPPERDEY will die Grenzen der Tarifautonomie nicht nur im normativen, sondern auch im schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrages beachtet wissen, weil er, ausgehend vom Problem der tariflichen Lohnverwendungsabrede, generell die *Umgehung* eines Verbotes normativer Regelung durch entsprechende schuldrechtliche Regelungen, welche auf dasselbe Ergebnis ausgerichtet sind, ausschliessen will. Vgl. HUECK/NIPPERDEY, a.a.O. 337.

MAYER-MALY spricht sich ausdrücklich gegen das von NIPPERDEY verwendete Umgehungsargument aus. Dafür postuliert er ein *materielles Verständnis des Normativen*. Für die Grenzen der Tarifmacht seien nur Funktion und Wirkung einer Klausel massgeblich. Alle schuldrechtlichen Vereinbarungen, welche auf normative Wirkung angelegt seien, müssten sich an den Grenzen der Tarifmacht messen lassen. Vgl. THEO MAYER-MALY, Leistungsdifferenzierung und Tarifmachtbegrenzung, BB 1966,

KISCH,⁷ BÖTTICHER,⁸ BIEDENKOPF⁹ und RICHARDI¹⁰ den Grundsatz der Harmonie normativer und schuldrechtlicher Abreden im Tarifvertrag. Grundsätzlich ablehnende Stellungnahmen finden sich namentlich bei GAMILLSCHEG,¹¹ HERSCHEL¹² und ZÖLLNER.¹³

In der auffällig pragmatischen und nüchternen schweizerischen Lehre zum kollektiven Arbeitsrecht finden sich kaum Arbeiten, welche sich mit dem Problem der Reichweite der Tarifautonomie befassen. Es ist deshalb auch nicht verwunderlich, dass die Frage der Harmonie von normativem und schuldrechtlichem Teil des Gesamtarbeitsvertrages hierzulande kaum gestellt wurde, zumindest nicht im Zusammenhang mit den Grenzen der gesamtarbeitsvertraglichen Gestaltungsmacht. ARREGGER¹⁴ wirft die Frage wohl auf, beantwortet sie aber in der für die schweizerische Lehre des kollektiven Arbeitsrechts symptomatischen, simplifizierenden Weise. Er schreibt wörtlich: «Die etwa vertretene Ansicht, dass die den Sozialpartnern zustehende Vertragsfreiheit eine anders geartete und damit wohl notgedrungen in der einen oder anderen Richtung beschränktere sei als die (...) dem Individuum gemäss OR 19 zustehende, entbehrt jeder objektbezogenen Begründetheit; in der Tat eine <autoritativ-suggestive Behauptung ohne innere Beweiskraft>.»¹⁵ Ein solcher Kurzschluss aus der Feder eines Autors, der

1067–1070; *derselbe*, Gemeinsame Einrichtungen im Spannungsfeld von Tarifmacht und Organisationspolitik, BB 1965, 829–834; *derselbe*, Österreichisches Arbeitsrecht (Wien 1970) 194.

SÄCKER geht offensichtlich so weit, dass er den Tarifparteien die durch Art. 2 Abs. 1 GG garantierte allgemeine Vertragsfreiheit von vornherein abspricht. Die Ursache für die seiner Ansicht nach falsche Ausstattung der Koalitionen mit der allgemeinen Vertragsfreiheit sieht er in der simplifizierenden Identifikation von Individual- und Koalitionsautonomie, die einer teleologischen Verortung der Koalitionsfreiheit als gesellschaftlich-öffentliche Selbstverwaltung entgegenstehe. Vgl. FRANZ-JÜRGEN SÄCKER, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit (Berlin 1969) 28ff.; *derselbe*, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht (Berlin 1972) 235ff.; *derselbe*, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, RdA 1969, 294f.

7 ARTHUR NIKISCH, Zur Tarifausschlussklausel, RdA 1967, 84ff., der aber ebenfalls vom Umgehungsargument auszugehen scheint.

8 EDUARD BÖTTICHER, Die gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien (Heidelberg 1966) 142ff.

9 BIEDENKOPF, a.a.O. 12f. und 17ff.

10 RICHARDI, a.a.O. 197ff.

11 FRANZ GAMILLSCHEG, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit (Berlin 1966) 95; *derselbe*, Nochmals: Zur Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, BB 1967, 45.

12 W. HERSCHEL, a.a.O. 19, mit der Einschränkung allerdings, wo der erstrebte Regelungseffekt als solcher unzulässig sei, wie etwa die Festlegung von Höchstlöhnen, könne er weder auf dem normativen noch auf dem schuldrechtlichen Wege erreicht werden.

13 WOLFGANG ZÖLLNER, Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln (Düsseldorf 1967) 41.

14 OTTO ARREGGER, a.a.O. 122ff.

15 ARREGGER, a.a.O. 127.

bestimmt nicht zum weiten Kreis der dem kollektiven Arbeitsrecht abholden Schweizer Juristen zählt, ist krass und überraschend zugleich. Die Harmoniethese, auch wenn sie im deutschen Recht entwickelt wurde, lässt sich in dieser pauschalen Weise sicherlich nicht abtun. Auch im schweizerischen Arbeitsrecht ruft sie nach gewissenhafter und eingehender Prüfung. Der immer wieder erhobene Vorwurf, Erkenntnisse des deutschen Arbeitsrechts würden vorschnell auf das schweizerische Arbeitsrecht transponiert, darf nicht gescheut werden, schon gar nicht, solange ein derartiges Vakuum ungelöst, ja nicht einmal gestellter Fragen im kollektiven Arbeitsrecht unseres Landes mit fast überheblicher Gelassenheit hingenommen wird.

Die Harmoniethese ist auch im schweizerischen Recht durchaus zu unterstützen, unter der Voraussetzung allerdings, dass im Sinne Richardis differenziert wird. Die Harmonie normativer und schuldrechtlicher Bestimmungen kann zugegebenermassen keine absolute sein; die unterschiedliche Wirkung der beiden muss gebührend beachtet werden. Die Frage ist deshalb, inwieweit die Schranken der gesamtarbeitsvertraglichen Gestaltungsmacht schuldrechtliche Abreden zwischen den Parteien des Gesamtarbeitsvertrages beherrschen.¹⁶ Die Harmonie normativer und schuldrechtlicher Bestimmungen ist aber, soweit die Regelung des Arbeitsverhältnisses Dritter in Frage steht, von Nöten. Dies unter dem Gesichtspunkt der Umgehung einerseits und unter Beachtung der über die Fähigkeit zur Normsetzung hinausreichenden Privilegierung der Regelungsbefugten andererseits. Wenn die Rechtsordnung schon die Tarifautonomie in verschiedener Hinsicht gegenüber der individuellen Privatautonomie privilegiert, so erscheinen entsprechend engere Grenzen hinsichtlich der Ausübung dieser tarifautonomen Regelungsbefugnis durchaus nicht als abwegig. Die *Regelungswirkung* ist, wie RICHARDI zutreffend ausführt, in der Tat von lediglich sekundärer Bedeutung. Es ist die Macht der Regelungsbefugten überhaupt, welche zu beschränken ist, soweit und solange ihre Träger im Rahmen der besonderen Privilegierung das Arbeitsverhältnis gestalten. Steht es nämlich den Parteien

16 RICHARDI, a.a.O. 199, beantwortet sie, indem er innerhalb des schuldrechtlichen Teils eines Tarifvertrages folgende Vereinbarungen unterscheidet:

1. Abreden, die die rechtlichen Beziehungen der Tarifvertragsparteien zueinander regeln, ohne sich auf Dritte zu beziehen. Für sie gelte das allgemeine Schuldrecht, was sicherlich zutrifft.
2. Abreden, die einer Ordnung, die nach §§ 1 und 4 TVG auch normativ gelten könnte, lediglich schuldrechtliche Wirkung beilegen. Für sie bestünden dieselben Beschränkungen, denen die tarifliche Rechtssetzung unterliege, was ebenfalls zutrifft.
3. Abreden, die Rechtsverhältnisse Dritter zum Gegenstand haben, die aber nicht als Tarifnormen vereinbart werden können. Sie allein stellen nach Ansicht RICHARDIS für die rechtliche Beurteilung die graue Zone dar. (Diese Kategorie schuldrechtlicher Abreden steht hier nicht zur Diskussion).

des Gesamtarbeitsvertrages frei, die ihren Vorstellungen entsprechende Regelung des Arbeitsverhältnisses Dritter mittels Arbeitskampf zu erzwingen und sind die arbeitsmarktrelevanten Regelungen des Gesamtarbeitsvertrages vom Geltungsbereich des Kartellgesetzes ausgenommen, so müsste es als stossend anmuten, würden die Schranken der Regelungsmacht nur unter der Voraussetzung gelten, dass der in Frage stehenden Regelung normative Wirkung zukommt. Auch die übereinstimmende Regelung mit lediglich schuldrechtlicher Wirkung muss vielmehr an denselben Schranken gemessen werden.¹⁷

§ 14 **Auch die schuldrechtliche Effektivklausel verstösst gegen den verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz**

Wie immer man zur Frage der Harmonie normativer und schuldrechtlicher Bestimmungen im Gesamtarbeitsvertrag Stellung nehmen mag: Der Vorwurf des Verstosses gegen den verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz trifft auch die schuldrechtliche Effektivklausel.¹ Unter dem Gesichtspunkt des verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes kann nicht relevant sein, ob normative oder schuldrechtliche Regelungen vorliegen. Ungleich behandelt werden die Mitglieder in jedem Falle.

Die schuldrechtliche Effektivklausel ist also wie die normative Effektivklausel zu behandeln. Auch sie kann nicht rechtswirksam vereinbart werden, einerseits, weil die Schranken der Regelungsbefugnis der Tarifparteien sowohl für den normativen als auch für den schuldrechtlichen Teil Geltung beanspruchen, und andererseits, weil in jedem Falle auch die schuldrechtliche Effektivklausel als Verstoss gegen den verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz zu betrachten ist.²

17 Auch schuldrechtliche Bestimmungen können m.E. mittels Arbeitskampf erzwungen werden, soweit die Regelung des Arbeitsverhältnisses in Frage steht.

1 Vgl. dazu vorn § 8 II. 3.

2 Ebenso RICHARDI, a.a.O. 423f.; OTFRIED WLOTZKE, Das Günstigkeitsprinzip (Heidelberg 1957) 68f., der allerdings schuldrechtliche Effektivklauseln mit der Bedeutung von Richtlinienbestimmungen zulassen will; (wie WLOTZKE auch) WALRAM SCHICHEL, Die Grenzen kollektivrechtlicher Regelung von Arbeitsentgelten (Diss. Münster 1961) 66; UDO KNITTER, Möglichkeiten und Grenzen der Lohnänderung durch Tarifverträge (Diss. Köln 1960) 227ff., *für den Firmentarifvertrag*, nicht aber für den Verbandstarifvertrag; ARTHUR NIKISCH, Arbeitsrecht II (2.A. Tübingen 1959) 455, *für den Verbandstarifvertrag*, nicht aber für den Firmentarifvertrag. Anderer Auffassung insbesondere GERHARD ETZEL, Zur Zulässigkeit tariflicher Effektivklauseln, AuR 1969, 269.

1. Effektivklauseln können im Gesamtarbeitsvertrag nicht rechtswirksam vereinbart werden.
2. Die negative Effektivklausel (Anrechnungs- oder Verrechnungsklausel) scheitert am zwingend anwendbaren Günstigkeitsprinzip.
3. Die positive normative Effektivgarantieklausel ist zwar mit dem Schriftformgebot vereinbar, stellt aber einen unzulässigen Eingriff in die individuelle Vertragsfreiheit dar, verstösst gegen das die Tarifparteien bindende Gleichheitsgebot und steht im Widerspruch zu verschiedenen aus dem Wesen des Gesamtarbeitsvertrages ableitbaren Grundsätzen (Funktionsunterschied).
4. Die verschiedenen Unterarten der normativen begrenzten Effektivklausel unterscheiden sich nicht in rechtlich erheblicher Weise von der Effektivgarantieklausel. Sie können aus denselben Gründen wie die Effektivgarantieklausel nicht rechtswirksam vereinbart werden.
5. Auch die schuldrechtliche Effektivklausel ist unzulässig.
6. Somit ist die Frage, ob der Arbeitnehmer anlässlich einer Tariflohnerhöhung Anspruch auf Aufstockung seines bisherigen übertariflichen Lohnanteiles auf den erhöhten Tariflohn hat, allein individualrechtlich zu beantworten. Rechtssicherheit und Rechtsklarheit können hier nur durch eindeutige individuelle Abreden im Einzelarbeitsvertrag erzielt werden.

Lebenslauf

Am 11. Oktober 1948 wurde ich als Sohn des Paul Bänziger und der Clara Bänziger-Rutz in Schaffhausen geboren.

Die Schulen durchlief ich in Schaffhausen bis zur Maturitätsprüfung im Jahre 1967.

Ich studierte anschliessend an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich und wurde im Jahre 1973 zum Lizentiaten beider Rechte promoviert.

Nach einer kürzeren Gerichtspraxis beim Bezirksrichter und Kantonsgericht Schaffhausen nahm ich die Tätigkeit als Rechtskonsulent und anfänglich auch Personalleiter (Bereich Betriebspersonal) eines mittelgrossen chemisch-pharmazeutischen Unternehmens in Schaffhausen auf. Meine Rechtsberater Tätigkeit erstreckt sich inzwischen auf verschiedene europäische Tochter- und Schwesterfirmen dieses Unternehmens.

Seit 1977 bin ich nebenamtlicher Ersatzrichter des Obergerichtes des Kantons Schaffhausen.

